

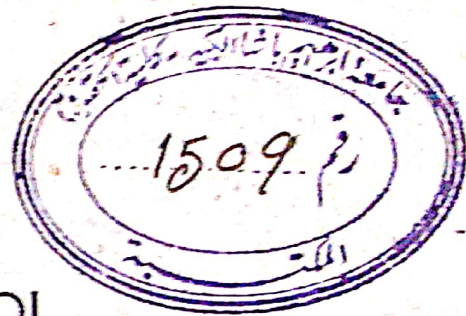
TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE  
DE  
DROIT INTERNATIONAL  
PRIVÉ

342-1  
B.H.

PAR

HENRI BATIFFOL

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE



Nationalité - Condition des étrangers  
Conflits de lois  
Conflits de juridictions

P A R I S ,  
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE  
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS  
20, Rue Soufflot, 20  
1949



PREMIERE PARTIE

**NATIONAUX ET ÉTRANGERS**

Sujets de droit.

---

55. **Vue d'ensemble.** — Les personnes que considère le droit international privé sont sujets de droit en un sens différent suivant qu'il s'agit de nationaux ou d'étrangers. Alors que les premiers le sont pleinement, les seconds ne le sont que partiellement et précairement: d'une part, en effet, ils ne peuvent prétendre à la jouissance de l'ensemble des droits reconnus aux nationaux, d'autre part la qualité de sujet de droit peut leur être retirée discrétionnairement par l'expulsion, qui les exclut de la collectivité, à laquelle ils appartiennent, non pas juridiquement comme le national, mais matériellement par leur présence sur le territoire (1).

Il importe donc d'étudier dans un titre premier comment se détermine la nationalité, et dans un titre second la condition des étrangers quant à la jouissance des droits.

---

(1) Il a existé de 1940 à 1944 une législation refusant certains droits aux Français nés de pères étrangers, V. J. Maury, *Les droits réservés à certains Français*, *Sem. Jur.* 1940.169. Son annulation par l'ordonnance du 11 oct. 1944 se justifie a fortiori des critiques qui seront adressées plus loin aux restrictions excessives des droits des naturalisés (n. 122).



## TITRE I

# LA NATIONALITÉ

---

56. **Généralités.** — Le droit positif de chaque Etat détermine quels sont ses nationaux, aussi bien à titre originaire que quant aux conditions de l'acquisition ou de la perte ultérieure de sa nationalité. Il y a donc lieu d'étudier à titre principal le système du droit français à ce sujet. Mais la loi française ne peut méconnaître que la notion de nationalité, comme tout le droit international privé, intéressé à la fois l'ordre interne et l'ordre international au point de rencontre desquels elle se trouve; il existe une théorie générale de la nationalité qui déborde le cadre de la loi française positive et dont il y a lieu de déterminer la portée. Ce titre sera ainsi divisé en quatre chapitres:

Chapitre 1<sup>er</sup>. — Théorie générale de la nationalité.

Chapitre 2. — Attribution de la nationalité française à raison de l'origine.

Chapitre 3. — Acquisition et perte de la nationalité française.

Chapitre 4. — Preuve et contentieux de la nationalité.

---



## CHAPITRE PREMIER

### Théorie générale de la nationalité

---

57. **Plan.** — La notion de nationalité se trouve au point d'insertion de l'ordre interne dans l'ordre international, et la loi française, tout en ayant pour objectif premier l'établissement de l'ordre interne français, doit nécessairement s'inspirer de ce caractère, puisqu'aussi bien la loi interne peut être l'expression des obligations internationales que se reconnaît le législateur national. On étudiera donc successivement dans une première section la notion de nationalité, dans une seconde la nationalité dans l'ordre international, et dans une troisième la législation française sur la nationalité dans ses caractères généraux.

#### SECTION I.

##### La notion de nationalité.

58. **Programme.** — Le terme *nationalité* désigne une notion de droit, mais aussi une notion de fait: un même individu peut appartenir en fait à une certaine nationalité et relever en droit d'une autre, comme ce fut le cas, par exemple, des Polonais au XIX<sup>e</sup> siècle qui avaient en droit la nationalité russe, allemande ou autrichienne. Il importe donc tout d'abord de *définir* la notion juridique de nationalité, par rapport à la notion de fait; on analysera ensuite les *éléments* du lien juridique de nationalité, puis son *mode d'établissement*.

#### § 1<sup>er</sup>. — NATIONALITÉ DE FAIT ET NATIONALITÉ DE DROIT.

59. **Distinction de la nationalité de fait et de la nationalité de droit.** — La nationalité de fait est l'appartenance à une communauté, dont la notion relève de la sociologie, mais dont le juriste doit rappeler les traits essentiels pour définir et organiser en connaissance de cause la nationalité de droit.

L'intérêt qu'a suscité au XIX<sup>e</sup> siècle la notion de nationalité, et les diverses conceptions qui ont été proposées pour en rendre compte, conduisent aujourd'hui à penser qu'il s'agit d'un phénomène complexe, irréductible à un seul élément. Ni la race, ni la langue, ni la religion, ni la géographie ne suffisent à déterminer une nationalité. Une communauté nationale est une formation qui s'appuie toujours sur l'un ou l'autre des facteurs ci-dessus mentionnés, mais dans une mesure très variable suivant les cas: certains d'entre eux peuvent faire totalement défaut, comme la langue pour la Suisse, ou jouer un rôle prédominant, comme la religion pour les Polonais, ou n'influer que dans une mesure limitée comme



la géographie pour les Espagnols, ou comme la race pour la plupart des peuples en raison de son indétermination relative, et du mélange inévitable des populations.

L'essentiel de la nationalité paraît donc aujourd'hui consister en ce que le fait prolongé de la vie en commun, provoqué par les uns ou les autres des facteurs précités, et plus ou moins favorisé par les accidents de l'histoire, aboutit à la formation d'une *mentalité*. Hauriou a justement affirmé: « Une nationalité est une mentalité » (*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. 1930, p. 8). Elle se traduit par des manières de penser, de sentir et d'agir qui opposent les peuples les uns aux autres et qui aboutissent à la formation d'une littérature, d'un art, d'institutions juridiques, d'une civilisation matérielle, et finalement de tout un mode de vie, propres à chaque nationalité. Si ces différenciations engendrent des oppositions grosses de dangers, elles constituent cependant pour chaque peuple l'héritage le plus précieux puisqu'il y trouve le mode qui lui convient de participation à la civilisation, et leur diversité, développant chez chacun d'eux des virtualités différentes, concourt au bien commun de l'humanité: l'esprit humain en effet, saisissant l'universel par sa nature immatérielle, est apte à des réalisations d'une infinie diversité; mais, lié à la matière, donc au temps et à l'espace, il ne peut effectuer que des réalisations limitées: chaque peuple, en cultivant son génie propre, met en lumière un aspect original de l'esprit humain (1).

La nationalité de droit correspond à un phénomène nettement distinct. La formation des Etats implique, comme on le montre en droit international public, l'existence de *gouvernements* qui exercent leur autorité, dans un *territoire* donné, sur une *population* déterminée: la détermination de cette population est l'objet du droit de la nationalité.

**60. Définition de la nationalité de droit.** — Dans l'état actuel des idées on peut définir la nationalité de droit: *l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat*.

L'étranger sans doute est soumis aussi à l'autorité de l'Etat, mais seulement en raison de sa présence sur le territoire ou du fait qu'il y possède des biens, donc en un sens tout matériel; on en verra bientôt les conséquences, notamment en ce qui concerne les lois sur l'état et la capacité des personnes, qui lui sont inapplicables dans le système français. V. sur cette opposition et sa contestation par Kelsen, Maury, *Rép. de dr. int.* V<sup>o</sup> *Nationalité*, n. 14 et s. (2).

(1) V. sur tous ces points Le Fur, *Races, nationalités, Etats*, 1922; Akzin, *Sociologie de la nationalité*, dans *La nationalité dans la science sociale et le droit contemporain* (Publications de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, t. 3, 1933, p. 3); Lemonnyer Tonneau et Troude, *Précis de sociologie*, 1934, p. 255-292; Politis, *La théorie de la nationalité ethnique et le problème des minorités*, R. 1934.3; Niboyet, *Traité*, I, n<sup>o</sup> 84-87; et surtout Delos, *La société internationale et les principes du droit public*, thèse Paris 1929, p. 8 et s., 126 et s., montrant comment la nationalité est un « milieu générateur » (la racine du terme est *naitre*) qui imprime à l'individu une « forme » au sens aristotélicien, un « *habitus* » au sens thomiste lui donnant pour telle ou telle activité une aptitude qui est à la fois enrichissement et limite.

(2) Kelsen considère l'opposition comme accidentelle parce qu'on pourrait concevoir un Etat qui exercerait son autorité dans les mêmes conditions à l'égard des étrangers comme des nationaux, par exemple en n'expulsant pas les premiers. Seulement en fait cet Etat ne paraît pas exister, et en droit il semble essentiel que si l'Etat implique la détermination d'une population sur laquelle son autorité s'exerce



L'explication de la définition proposée appelle l'étude des éléments du lien ainsi défini, et de son mode d'établissement. Mais il importe au préalable, pour fixer les idées, d'indiquer les conséquences juridiques de la nationalité de droit et ses relations avec la nationalité de fait.

**61. Conséquences juridiques de la nationalité de droit.** — La nationalité emporte des effets juridiques dans l'ordre international et dans l'ordre interne, qui seront pour la plupart l'objet des développements qui suivront, mais qu'il importe de synthétiser brièvement.

En droit international public les nationaux peuvent seuls bénéficier de la protection diplomatique à l'étranger, et de l'ensemble des règles admises par les Etats dans leurs relations mutuelles au profit de leurs nationaux, par exemple sous la forme de traités. En droit international privé le national est soumis, dans le système qu'on peut appeler continental, et qui est le système français, à la loi de son pays pour son état et sa capacité; les agents consulaires ne doivent leur ministère pour les actes de l'état-civil, au moins en principe, qu'aux nationaux.

En droit public interne le national seul exerce les droits politiques, tel le droit de vote, peut être fonctionnaire, bénéficie de l'ensemble des services publics. Les charges publiques, et notamment l'impôt, pèsent aussi sur l'étranger vivant en France, y possédant des biens ou y passant des actes, mais le service militaire n'est dû que par les nationaux. En droit privé interne le national seul jouit de l'ensemble des droits établis par les lois civiles et commerciales; il est seul sujet de droit au sens plein du terme. Par contre le droit pénal s'applique par principe aux étrangers comme aux nationaux sans distinction.

De ces différents effets on ne retrouvera pas ceux qui concernent le droit international public, ils sont étudiés dans cette branche du droit. Mais l'ensemble des autres forment l'objet propre du droit international privé, parce que cette discipline, s'attachant à la situation de l'individu dans les relations internationales, doit nécessairement envisager la réglementation interne qui réfléchit sur cette situation; l'ordre interne développé plus tôt, et beaucoup plus complètement que l'ordre international, s'est en effet saisi le premier des questions qui intéressent à la fois les deux ordres.

**62. Relations de la nationalité de droit et de la nationalité de fait. Le « principe des nationalités ».** — La distinction de la nationalité de fait et de la nationalité de droit ne permet pas d'éluder la question des relations entre ces deux notions. Le législateur ne doit-il pas considérer la nationalité de fait dans l'attribution de la nationalité de droit?

Le « principe des nationalités » qui a inspiré les traités de paix de 1919 exprime l'idée que la coïncidence des deux notions est la condition

*par définition, cette population ne soit pas seulement un groupement de pur fait, mais une communauté juridiquement définie en fonction de sa nature permanente. Il s'agit de savoir si l'Etat est une simple entreprise de services publics ou l'expression juridique d'une communauté. V. également contre la position de Kelsen. Maury, loc. cit.; Niboyet, 1, n. 75.*



nécessaire de la liberté des peuples et de la paix internationale (1). L'expérience a montré que cette coïncidence est souvent irréalisable en raison du mélange de populations qui conservent leurs nationalités de fait distinctes malgré leur cohabitation sur un même territoire: qu'on pense aux Roumains et aux Hongrois en Transylvanie. Or l'Etat dispose de la force publique: pour que celle-ci soit mise en œuvre selon un ordre raisonnable, et non par la violence, il faut que l'autorité qui en use soit seule à l'exercer sur un territoire donné; on ne conçoit pas la coexistence de deux autorités étatiques indépendantes sur un même territoire. D'autre part l'unité de la vie politique de l'Etat suppose une certaine unité de la vie économique, et les facteurs géographiques qui conditionnent cette dernière obligent souvent à rassembler en un même Etat des territoires occupés par des populations de nationalités de fait différentes, même si elles sont localement séparées: les Allemands de Bohême, quoique répartis surtout au pourtour du quadrilatère, ne pouvaient prétendre constituer un Etat distinct, parce que l'unité géographique, donc économique, de la région rendait impraticable un morcellement politique.

Il faut concéder que les siècles passés, lors de la formation des grands Etats, après l'époque féodale où l'allégeance politique était essentiellement un engagement personnel de fidélité à la personne du suzerain, ont sérieusement versé dans l'excès contraire à celui du principe des nationalités, en ne se préoccupant guère que de la volonté politique des gouvernants, ou des intérêts dynastiques qui poussaient, sinon toujours à étendre sans limite la puissance de l'Etat, du moins à l'organiser et à la développer sans souci de la nationalité des populations: seuls comptaient les facteurs géographiques, militaires, économiques, les alliances matrimoniales, les dévolutions successorales; la nationalité de droit résultait de la configuration du territoire de l'Etat, bien loin que le territoire fût dessiné en considération de la nationalité de fait des populations.

La Révolution française « exalta l'idée nationale dont elle fit une aspiration populaire en liant la notion de souveraineté de l'Etat et de souveraineté du peuple » (Lerebours-Pigeonnière, p. 51). L'« éveil des nationalités » au XIX<sup>e</sup> siècle, principalement en Italie et en Allemagne, développa ce mouvement qui trouva son expression dans le principe des nationalités. Il faut cependant observer que les Anglo-Saxons, peu enclins aux idées nouvelles en matière juridique, sont restés fidèles à une conception de la nationalité qui y voit moins un « lien de famille spirituelle » qu'un « lien... utilitaire entre l'Etat et ceux qui vivent sur le territoire » (Lerebours-Pigeonnière, J. 1927.888 et 894; en ce sens Maury, Rép., n. 18 et les références; l'idée se retrouve dans les pays hispano-américains). Mais les Anglo-saxons n'en ont pas moins vu avec faveur le principe des nationalités parce qu'il transposait dans l'ordre international leur souci de la liberté individuelle dans l'ordre interne.

Il semble peu douteux aujourd'hui que la configuration des Etats,

(1) V. Sur ce principe, outre les références citées au n. 59, Hauser, *Le principe des nationalités*, 1916; Lavergne, *Le principe des nationalités et la guerre*, 1921; Giraud, *Le droit des nationalités*, *Revue gén. de dr. int. public*, 1924.17; Fauchille, *Traité de dr. int. public*, I, n. 20, 198 et les références; Redslob, *Le principe des nationalités*, 1930; S. Basdevant, *Le principe des nationalités*, in *La Nationalité dans la science sociale et le droit contemporain*, p. 87.



donc la nationalité de droit, doivent s'inspirer principalement, et autant que possible, de la nationalité de fait. Elles le doivent parce que cette dernière est en partie la résultante de l'existence de l'Etat, et est un facteur capital de sa prospérité. Pour Hauriou, même, l'Etat normal est la forme politique d'une nation (*Précis élém. de dr. const.*, 2<sup>e</sup> éd. 1930, p. 5; cf. Louis Lucas, *La nationalité française*, p. 1-2). Mais il n'y a là qu'une directive (En ce sens Maury, *Rép.* n. 12 et 18; Lerebours-Pigeonnière, n. 41; Valéry, *Manuel*, n. 123; Delos, *op. cit.* p. 53) qu'il est impossible d'appliquer sans discernement. Un Etat, pour être viable, doit grouper une population aussi homogène que possible, mais il doit aussi exercer son autorité sur un territoire aussi homogène que possible, c'est-à-dire présentant suffisamment de ressources économiques, de moyens de communications et d'échanges, de possibilités de défense pour que son indépendance ne soit pas un vain mot, et que puisse s'y développer une vie sociale et politique propre. La conciliation de ces exigences divergentes n'est pas affaire de logique abstraite ni même de recettes bien préparées; elle ne peut se trouver que dans une politique à la fois habile et prudente, dont le droit le plus développé ne supprimera jamais la nécessité, et qui saura qu'aucune carte politique ne pouvant satisfaire tout le monde, il faut être prêt à user de la force contre ceux dont les réclamations ne peuvent être satisfaites sans dommage grave pour le bien commun. On l'a vu en 1938. Les institutions de protection des minorités constituent à cet égard un heureux accommodement, et il ne semble pas que leur fonctionnement se soit heurté à des difficultés irrémédiables. V. Brunet, *Le statut des minorités nationales au point de vue du droit international privé*, J. 1926.273; Akzin, *Le droit des minorités*, in *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 147 et s. et les références.

## § 2. — ELÉMENTS DU LIEN JURIDIQUE DE NATIONALITÉ.

63. **Division.** — La nationalité donnant à une personne la qualité de membre de la population constitutive d'un Etat, il y a lieu d'examiner successivement les personnes susceptibles de cette qualité, et les Etats à la population desquelles elle s'applique.

64. **Sujets de la qualité de national. Personnes physiques et personnes morales.** — Toutes les personnes physiques sont susceptibles de la qualité de national, bien qu'en fait certaines d'entre elles, dites apatrides, ne possèdent cette qualité dans aucun pays. Encore faut-il que la personne physique soit personne juridique: les esclaves, dans les systèmes qui connaissent cette institution, n'ont pas de nationalité, parce qu'ils ne sont pas sujets de droit; ils sont, comme les choses, objets de droit.

Les personnes morales étant, au contraire, des personnes juridiques, sont regardées comme ayant une nationalité. Mais leur nature est assez différente de celle des personnes physiques pour que leur nationalité réponde également à une conception profondément différente de celle qui définit la nationalité de ces dernières, et ce au point qu'on a nié



que le terme nationalité ait ici d'autre valeur que celle d'une image. Le droit positif persiste cependant à l'employer, mais la matière est trop liée à la notion de personnalité morale, pour qu'on en dissocie l'étude: elle sera examinée avec la condition des personnes morales étrangères en France.

La famille n'est pas en droit positif une personne morale, et elle ne saurait être sujet d'une nationalité qui se superposerait à celle de ses membres. Néanmoins dans la mesure où le droit de la nationalité veut tenir compte de la nationalité de fait, il doit reconnaître que l'influence de la famille est primordiale dans la formation de la mentalité. Et effectivement le droit positif, sans entériner la thèse que l'Etat est composé de familles plutôt que d'individus, tient le plus grand compte des liens familiaux dans l'attribution de la nationalité (V. Maury, *Rép.*, n. 115 et s. et les références, notamment Gruffy, *De l'unité de nationalité dans la famille*, thèse, Paris, 1893).

#### 65. Exclusion des objets de droits. Navires, bateaux, aéronefs.

— La définition qui a été proposée de la nationalité n'en admet l'attribution qu'aux sujets de droits, c'est-à-dire aux personnes. Le droit positif confère cependant une nationalité à certains meubles qui, en raison de leur mobilité essentielle et de leur valeur, doivent être soumis au contrôle des autorités d'un Etat déterminé: ce sont, dans l'état actuel de notre civilisation économique, les navires de mer, les bateaux de la navigation intérieure et les aéronefs. Mais le terme nationalité n'est plus ici qu'à peine analogique; le lien qu'il désigne n'a plus rien de commun avec la nationalité des personnes ni quant à ses conditions d'existence ni quant à ses effets.

66. 2° Etats dont la population constitue une nationalité de droit. Etats composés. Protectorats. — Les Etats qui confèrent une nationalité aux membres de leur population sont, en principe, ceux qui constituent des personnes du droit international, c'est-à-dire les Etats souverains. Le lien qui peut exister entre les nationaux d'une union fédérale et l'un des Etats de cette union ne constitue pas une nationalité, parce qu'il n'a pas de valeur internationale. Il est d'ailleurs souvent à peine organisé, comme aux Etats-Unis, mais l'Allemagne a connu jusqu'à l'ordonnance du 5 fév. 1934 (R. 1934.573) une « nationalité intérieure » (prussienne, bavaroise...) qui n'avait aucune valeur internationale. Ces liens intérieurs en effet ressortissent exclusivement à l'ordre interne, alors que le propre de la nationalité *stricto sensu* est de définir vis-à-vis de l'ordre international la population constitutive de l'ordre interne (1).

On voit, par suite, une nationalité dans le lien d'appartenance aux protectorats parce que ces pays conservent une certaine personnalité in-

(1) Ainsi le traité de Versailles ayant subordonné la réintégration des Alsaciens-Lorrains dans la nationalité française à la condition qu'ils n'aient pas acquis avant 1918 une nationalité autre que la nationalité allemande, la Cour de cassation a jugé que l'acquisition de la nationalité intérieure d'un Etat allemand ne mettait pas obstacle à la réintégration: il ne s'agissait pas là d'« une nationalité autre que la nationalité allemande » (Req. 13 juin 1921, S. 1921.1.332, R. 1922-23.592, note Niboyet, J. 1921.555). La solution est digne de remarque étant donné que l'esprit du traité ne l'imposait certes pas.



ternationale. La nature de cette personnalité est cependant fort mal définie, et la solution ne se justifie que dans l'état actuel des idées, éminemment sujettes à évolution, sur la notion de protectorat. Il s'ensuit que les sujets de nos protectorats sont considérés en France comme des étrangers. Mais des textes particuliers leur octroient souvent la condition des nationaux.

Il ne fait, par contre, aucun doute que les pays sous mandat ont conféré une nationalité propre, parce que leur personnalité juridique ne s'est pas confondue avec celle de la puissance mandataire, malgré le caractère à peu près inexistant en fait de la personnalité internationale des mandats B et C. Les Dominions de l'Empire britannique confèrent indiscutablement une nationalité. V. sur ces différents points, Niboyet, *Traité*, I, n. 71. Cf. spécialement sur la nature du protectorat la note de Ch. Rousseau S. 1938.1.361. Adde pour « la notion de sujet d'Empire », P. Chauveau, J. C. P. 1941.228.

**67. Unicité du lien de nationalité. Citoyens et sujets. Ressortissants.** — La nationalité définissant la population constitutive de l'ordre interne vis-à-vis de l'ordre international, peu important les modalités dont sera éventuellement affectée la participation des nationaux à la vie juridique interne, notamment quant aux droits politiques. Et ainsi la distinction entre les citoyens français et les sujets français, indigènes de nos colonies, est restée sans portée quant à la nationalité; les seconds faisaient partie de la population constitutive de l'Etat français aussi bien que les premiers: la nationalité, telle qu'elle a été définie, ne comporte pas de différenciations (1). La loi du 7 mai 1946 a consacré ce résultat en disposant « que tous les ressortissants des territoires d'outre-mer (Algérie comprise) ont la qualité de citoyen », tout en ajoutant que « des lois particulières établissent les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens ».

L'usage a cependant répandu sous le vocable de *ressortissants* une conception qui rapproche des nationaux certains étrangers dépendant à titre plus ou moins permanent de la souveraineté considérée. Il s'agit essentiellement de ceux qui relèvent d'un protectorat ou d'un pays sous mandat: les Tunisiens, les Marocains, quoique n'ayant pas la nationalité française, sont qualifiés « ressortissants français ». Il en a été de même des Syriens. On peut y ajouter ceux qui dans les pays de capitulations obtenaient la protection d'un Etat européen, et peut-être les militaires de la Légion étrangère (V. sur ces situations Valéry, *Manuel*, n. 124; Audinet, J. 1923.789; Pillet, *Traité pratique*, n. 63).

Mais on voit qu'il ne s'agit jamais que d'accorder à certains étrangers des droits qu'on refuse aux autres; juridiquement ils restent étrangers, il n'y a pas de condition intermédiaire entre l'extranéité et la nationalité,

(1) V. en ce sens que les sujets de nos colonies étaient des Français, les déclarations de Bonaparte lors des travaux préparatoires du Code civil, citées par Villeneuve de Jantl, *Bonaparte et le Code civil*, thèse, Paris, 1934, p. 138, et l'avis du Conseil d'Etat du 27 déc. 1934, R. 1936.441; Niboyet, *Traité*, I, n. 75; Solus, *La condition des indigènes en droit privé*, 1927, n. 20; Paris 17 févr. 1937, R. 1937.403. L'étude de la distinction entre citoyens français et sujets français relève du droit colonial. V. Solus, *op. cit.* n. 6 et s.; Lampué, *Rev. jur. et pol. de l'Union fr.* 1947.145.



les deux concepts s'excluant mutuellement. Il faut d'ailleurs reconnaître que l'équivoque de la notion internationale de protectorat ou de mandat est particulièrement sensible ici.

Ce point de vue permettra d'expliquer que la jurisprudence française ait qualifié « ressortissants » ennemis ceux qui, sans avoir la nationalité des puissances ennemies, avaient pris du service dans leurs armées: Req. 14 mai 1923, *prince Elie de Bourbon-Parme*, D. P. 1923.1.105, note approbative Mérignhac, S. 1923.1.241, note critique Pillet, J. 1923.904, rapport Célice, R. 1924.229, note critique Niboyet; Req. 19 juin 1923, *prince de Croy*, J. 1924.676, R. 1923.780. Il s'agissait en effet seulement de savoir s'il y avait lieu de placer sous séquestre les biens d'étrangers qui avaient servi dans les armées de l'Autriche et de l'Allemagne, sans avoir la nationalité de ces pays. De même que nous étendons exceptionnellement à certains étrangers, dits ressortissants français, des avantages ordinairement réservés aux nationaux, de même l'esprit de l'institution du séquestre peut justifier son application à des étrangers qui, sans avoir la nationalité de puissances ennemies, entretenaient avec celles-ci des liens analogues à ceux qui caractérisent à notre égard les ressortissants français.

### § 3. — ETABLISSEMENT DU LIEN DE NATIONALITÉ.

**68. La nationalité est attribuée par l'Etat. Conséquences dans l'ordre international.** — Le droit positif reconnaît que la nationalité est attribuée par l'Etat qu'elle concerne: la France, et elle seule, peut décider qu'un individu est Français ou ne l'est pas. Et assurément on ne concevrait pas que la France conférât à un particulier la nationalité suisse. Mais on concevrait cependant qu'une autorité internationale intervînt dans cette répartition des individus entre les différents Etats pour éviter les conflits. De fait le droit international public n'est pas entièrement muet en la matière, comme on le verra (n. 73); mais ses interventions sont de portée très limitée et laissent substantiellement vrai le principe que chaque Etat détermine lui-même ses nationaux. Il en résulte le grave problème des conflits de nationalités (n. 77).

La nationalité, quoique intéressant au premier chef l'ordre international, puisqu'elle répartit les individus entre les Etats, est ainsi réglementée essentiellement par des sources internes. On précisera ultérieurement les raisons de ce fait et ses conséquences (n. 74). Qu'il suffise ici de faire ressortir que la nationalité présente à ce point de vue le même caractère que l'ensemble des matières du droit international privé.

**69. Conséquences dans l'ordre interne. Rejet de la nationalité-contrat.** — L'attribution par l'Etat de la nationalité exclut la thèse, développée au XIX<sup>e</sup> siècle, notamment par Weiss, de la nationalité-contrat: le lien de nationalité résulterait d'un contrat synallagmatique entre l'individu et l'Etat (V. Weiss, I, p. 7; et *Manuel*, 9<sup>e</sup> éd. p. 2; cf. Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 2<sup>e</sup> éd. 1890, p. 7; Rouard de Card, *La nationalité française*, 2<sup>e</sup> éd. 1922, p. 1). Cette thèse se ressent de la vogue au siècle dernier des explications par le libre



accord des volontés. Elle se heurte au fait que la plupart des règles sur l'attribution, de la nationalité à titre originaire jouent indépendamment de la volonté de l'intéressé. L'appel à la volonté tacite de ce dernier dissimule mal l'échec de la théorie, qui s'aggrave avec les tendances modernes au développement de la déchéance de nationalité pour indignité. En soi d'ailleurs la nationalité échappe au cadre du contrat de droit privé; elle intéresse trop directement l'Etat, puisqu'elle détermine la population qui le constitue, pour que la loi ne réglemente pas d'autorité son attribution. Les faits l'imposent au surplus de manière pressante, car la nationalité emporte des charges qui peuvent être lourdes dans les pays où le service militaire est de longue durée, et il serait inadmissible que des étrangers installés en France depuis plusieurs générations, et complètement assimilés, échappassent au service militaire en n'acceptant pas la qualité de Français, alors qu'ils en ont en fait les avantages essentiels.

Ce n'est pas que la volonté de l'intéressé ne joue aucun rôle dans l'attribution ou la perte de la nationalité. L'institution de la naturalisation et des options suffit à prouver le contraire. En effet si la nationalité de droit doit tendre, comme on l'a admis (n. 62), à coïncider autant que possible avec la nationalité de fait, un facteur important de cette nationalité de fait est le sentiment que l'intéressé en a lui-même; on tient donc de sa volonté un certain compte, mais qui ne saurait être décisif à lui seul, parce que la nationalité est attribuée non dans l'intérêt de l'individu mais dans l'intérêt commun dont l'Etat est seul juge.

**70. Conclusion. Place de la nationalité dans les différentes branches du droit.** — La plupart des auteurs, considérant que la nationalité établit un lien entre l'individu et l'Etat, classent cette institution dans le droit public (V. Maury, *Rép.*, n. 188 et les références, *adde* de Lapradelle, *Bull. Soc. Et. Lég.* 1918.35; Pillaut, *R.* 1915-16.14; Boulbès, *S.* 1946.5.201; cf. Kusters, *R.* 1930.412) et la Cour de cassation a jugé toutes chambres réunies « que les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité... relèvent du droit public » (Cass. réun. 2 fév. 1921, *D. P.* 1921.1.1 note Colin, *S.* 1921.1.113, note Audinet, *J.* 1921.204, *R.* 1921.251), pour en conclure que la suspension des délais en matière civile par les loi et décret du 5 et 10 août 1914 ne s'appliquait pas en matière de nationalité.

La convergence d'une doctrine et d'une jurisprudence de telle autorité n'élimine cependant pas toute discussion. On ne nous dit pas en effet de quelle branche du droit public relève la nationalité, et cette équivoque est de conséquence.

Il ne s'agit certainement pas du droit international public car on l'envisage ici sous son aspect de l'ordre interne. Mais il ne s'agit pas non plus du droit administratif car il est clair que la relation dont on parle entre l'Etat et l'individu n'a rien de commun avec celles qui forment la matière du droit administratif. Ces dernières mettent en présence un particulier et l'administration envisagée comme une personne juridique, astreinte à suivre les règles du droit et à réclamer éventuellement leur bénéfice, bref envisagée comme sujet de droits. Ici c'est l'Etat législateur, et non plus d'ailleurs l'administration, qui entre en jeu; il pose des règles liant les particuliers comme dans toutes les branches



du droit, son activité est celle d'une source de droit, non d'un sujet de droits.

Il devient sans doute sujet de droits quand un décret accorde une naturalisation, rejette une option ou prononce une déchéance: alors en effet l'administration intervient comme une personne juridique soumise à des règles d'action qu'elle doit respecter. Mais l'existence de cette intervention ne fait que mieux ressortir l'hétérogénéité de la situation de principe, où la loi décide directement que tel individu est Français ou ne l'est pas (cf. art. 1<sup>er</sup> du Code de la nationalité). De même l'intervention de l'officier d'état-civil pour la célébration n'empêche pas le mariage d'être fondamentalement de droit civil et non de droit administratif, malgré cette collaboration limitée de l'administration au fonctionnement de ses règles. De même l'intervention du conservateur des hypothèques ne soustrait pas les sûretés au droit civil. Il y a lieu d'ailleurs d'observer que le décret du 10 août 1914 déclaré inapplicable à la nationalité par les Chambres réunies suspendait les délais en matière « civile, commerciale et administrative »:

Le droit constitutionnel peut paraître plus qualifié puisque la nationalité détermine la population *constitutive* de l'Etat. Et de fait le droit comparé montre que la nationalité est réglementée totalement ou partiellement par un certain nombre de constitutions (V. le *Rép. de dr. int.*, V<sup>e</sup> *Déclaration des droits et Constitutions*, n. 43 et s.; Alvarez, *Le droit international américain*, 1910, p. 285, 373; Mirkin-Guetzévitch, *Sources constitutionnelles de la nationalité*, in *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 69). En France ce fut le cas sous la Révolution (V. le *Rép.*, *eod.* v<sup>o</sup>, n. 9) et partiellement sous la constitution de l'An VIII qui réglait la naturalisation.

Mais il ne s'agit là, pour le droit constitutionnel, que d'un élément *matériel*, comme la détermination du territoire de l'Etat, non formel. L'angle formel sous lequel le droit constitutionnel envisage l'Etat est celui de l'organisation des pouvoirs publics, c'est-à-dire des institutions qui le personnifient juridiquement: ces institutions sont de soi indépendantes des modifications du territoire sur lequel elles existent et de la composition de la population qu'elles régissent. En fait d'ailleurs les constitutions ne s'incorporent pas les traités sur la détermination des frontières, et l'incorporation des lois sur la nationalité présente l'inconvénient évident d'exposer la constitution à de fréquentes modifications ou de paralyser l'évolution nécessaire des lois sur la nationalité qui doivent s'adapter à la situation démographique du pays. Le moins qu'on puisse dire est que le droit de la nationalité et celui des pouvoirs publics varient à un rythme différent parce que les deux matières sont distinctes.

Sans nier pour autant tout lien entre la nationalité et le droit constitutionnel, donc le droit public en général, il est, par conséquent, permis d'estimer qu'en rigueur de termes la nationalité ne fait partie à proprement parler d'aucune des branches du droit public. Elle constitue une législation attribuant aux particuliers une qualité dont découlent des conséquences, tant de droit privé que de droit public.

Mais la plus fondamentale de ces conséquences est l'aptitude à être sujet de droits au sens plein du terme: les autres ne font nécessairement qu'en découler; or on n'a jamais douté que les règles déterminant la



personnalité juridique, c'est-à-dire l'état et la capacité des personnes, n'appartiennent au droit privé, et plus particulièrement au droit civil, même si elles entraînent, comme la majorité ou l'interdiction, des conséquences en droit public. Et c'est justice car il ne s'agit en aucune manière des institutions qui personnifient l'Etat.

Mais si on admet que le droit civil représente le droit commun et qu'il appartient aux droits d'exception de définir leur champ d'application à son égard, de même que le droit commercial définit les actes de commerce et les commerçants, de même le droit international privé définit les nationaux et les étrangers puisque c'est de leur différenciation qu'il part quant aux sujets de droits alors que le droit civil, ne statuant que pour les Français, l'ignore.

Concluons que si la nationalité est au carrefour de plusieurs branches du droit, son lien le plus intime est avec le droit international privé, que nous avons rattaché au droit privé. L'opinion contraire part de l'idée que tout ce qui intéresse l'Etat est de droit public; à la suivre il n'y aurait plus de droit privé, car la loi n'intervient que là où l'intérêt commun, sauvegardé par l'Etat, est engagé, serait-ce en matière supplétive. Si on veut maintenir un sens à la distinction du droit public et du droit privé, il faut cantonner le premier aux institutions qui personnifient l'Etat et ne pas l'étendre à toute législation impérative.

La position prise par la Cour de cassation n'en est pas pour autant injustifiable, si on l'entend comme l'affirmation que la nationalité *intéresse* le droit public, ce qui est incontestable, puisqu'elle constitue la matière même sur laquelle opère le droit constitutionnel (1). Mais le droit positif suivant la tradition (2) a consacré instinctivement le rattachement au droit privé en confiant le contentieux de la nationalité aux tribunaux judiciaires (3), en attribuant à ces mêmes tribunaux l'interpré-

(1) La Chambre civile dans le premier arrêt de cassation avait énoncé que les règles sur la nationalité « relèvent surtout du droit public ». En omettant l'adverbe les chambres réunies ont paru exclure tout partage. Mais on peut aussi bien estimer qu'elles n'ont pas voulu prendre parti sur la force respective des liens de la matière avec l'une et l'autre branches du droit, et affirmer seulement que le droit public y était intéressé. Le maintien de la formule même de la Chambre civile, sauf l'adverbe, autorise cette interprétation, puisque le verbe « relever » ne signifiait pas dans l'esprit des magistrats l'appartenance exclusive. Pratiquement d'ailleurs il était parfaitement défendable d'exclure la suspension des délais en temps de guerre dans une matière qui intéressait directement, et dans l'espèce même, le recrutement de l'armée. On observera cependant que la loi du 28 oct. 1940, modifiée le 19 mai 1941, a suspendu les délais d'option de nationalité (cf. aussi ord. 22 août et 30 déc. 1944, 8 janv. 45). La suspension a pris fin le 1<sup>er</sup> juil. 1946 (D. 13 avril 1946). Mais v. aussi le D. 19 oct. 1939 ramenant les options pendant la durée de la guerre aux trois mois suivant l'âge de 18 ans pour les mineurs du sexe masculin.

(2) Le droit romain regarde le *status civilis* comme un élément de l'état des personnes au même titre que le *status libertatis* et le *status familiae*. Ceux de nos anciens auteurs qui ont traité de l'état des personnes avec des vues d'ensemble y ont inclus la division des individus en *regnicoles* et *aubains* : V. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, L. Prélim., Titre I, Sect. II, XI ; Pothier, *Traité des Personnes*, 1<sup>re</sup> partie, titre II. Au XIX<sup>e</sup> siècle les auteurs classent la nationalité dans le droit civil : V. Weiss, I, p. 694 ; Surville, n. 31 ; Valéry, R. 1919.8 ; Audinet note au S. 1912.1.113.

(3) Et aux tribunaux judiciaires de droit commun, par opposition aux juridictions d'attribution comme les juges de paix *parce qu'il s'agit d'une question d'état* (Civ. 14 mars 1877, S. 77.1.379 ; Civ. 26 mars 1879, S. 79.1.427). La matière était jugée au XIX<sup>e</sup> siècle en audience solennelle *parce que question d'état* : Civ. 9 déc. 1878, S. 79.1.294. On a aussi jugé que l'erreur sur la nationalité du futur conjoint viciait le consentement au mariage comme portant sur « un des éléments de la personnalité civile » (Seine, 4 févr. 1918, 2 janv. 1920, D. P. 1920.2.78, S. 1920.2.129).



tation des traités sur la nationalité (n. 38), dont la ratification doit être autorisée par le Parlement comme intéressant *l'état des personnes* (Ch. Rousseau, *Principes gén. du dr. int. public*, I, n. 119), en rangeant avant l'ordonnance du 19 oct. 1945 la nationalité parmi les effets civils du mariage maintenus en cas de mariage putatif (n. 129), en admettant la preuve de la nationalité par possession d'état (n. 153). L'incorporation de la nationalité au Code civil en a été un autre signe, dont la disparition en 1927 s'explique suffisamment par la raison matérielle du développement des textes pour qu'il soit inutile de prêter au législateur une décision doctrinale étrangère à son rôle. (V. dans Maury, *Rép.* n. 171, comment cette vue ne paraît d'ailleurs pas en fait avoir été déterminante).

## Section II

### La nationalité et l'ordre international.

71. **Vue d'ensemble.** — La nationalité intéresse directement l'ordre international, bien qu'elle soit substantiellement organisée par la législation interne, puisqu'elle répartit les individus entre les différents Etats (V. en ce sens Lerebours-Pigeonnière, 2<sup>e</sup> éd., n. 60; cf. E. Gordon, *L'importance de la notion de nationalité en droit international public*, dans *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 99). Il importe donc de chercher tout d'abord dans quelle mesure la matière est réglée par des sources internationales et pourquoi leur rôle est si limité. Il faudra ensuite étudier les conséquences dans l'ordre international de la liberté des Etats quant à la détermination de la nationalité; c'est la question des conflits de nationalités.

#### § 1<sup>er</sup>. — SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT DE LA NATIONALITÉ.

72. **Principe de la liberté étatique dans l'attribution de la nationalité.** — L'apport positif le plus clair du droit international public dans le droit de la nationalité est l'affirmation du principe qu'« *il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux* ». Ces termes sont ceux de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 « concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité ». Le même principe a été affirmé par la Cour permanente de justice internationale dans ses avis n° 4 (différend franco-britannique au sujet des décrets français sur la nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc) et n° 7 (interprétation du traité des minorités du 28 juin 1919 entre la Pologne et les puissances alliées). Les auteurs et les corps savants en sont également d'accord: V. Maury, *Rép.*, n. 26 et les références.

Cette souveraineté de l'Etat dans la détermination de ses nationaux ne signifie évidemment pas que la matière échappe à toute donnée rationnelle. Ainsi qu'on l'a montré (Delos, *La société internationale et les principes du droit public*, thèse, Paris, 1929) il en est de la souveraineté des Etats comme de la liberté des individus: elle ne consiste pas dans



l'affranchissement de toute raison, mais dans la faculté de suivre la raison, autrement dit de retrouver la loi, si celle-ci est comprise comme la voie de la raison. Il est donc légitime et utile de rechercher comme on l'a fait (V. Maury, *Rép.* n. 26 et s.) les données rationnelles de la répartition des individus entre les différents Etats, le droit naturel en quelque sorte de la matière. Mais on s'abstiendra ici de cette recherche, d'ailleurs passablement décevante, car on se demande seulement si les Etats dans leur législation sont liés par des règles positives de l'ordre international; l'étude critique de la législation française donnera l'occasion d'examiner si ses dispositions sont ou non conformes aux données rationnelles, dans la mesure où on peut les apercevoir. Au point de départ il s'agit seulement de savoir si le droit international public lie le législateur dans la liberté de son choix.

Or les différentes autorités qui ont posé le principe de la liberté étatique ont aussi affirmé l'existence de limites à cette liberté. La Convention de La Haye réserve « *les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité* ». La Cour permanente de justice internationale a réservé, et effectivement considéré, dans ses deux avis précités, les traités existants. On peut admettre aussi avec M. Maury (*Rép.*, n. 33) que l'Institut de droit international s'est prononcé dans le même sens ainsi que la *Harvard Law School* dans son projet de convention. Il en a été de même de la majorité des Etats consultés par la Société des Nations en vue de la conférence de codification du droit international (V. leur liste dans Maury, n. 32).

Mais un certain nombre d'Etats ont exprimé dans cette enquête une vue différente, et maints auteurs ne paraissent admettre à la liberté étatique que des limites de droit naturel, non de droit positif (1). Et de fait ni la Convention de La Haye ni la Cour permanente de justice internationale, laquelle n'a d'ailleurs réservé expressément que les traités, n'ont indiqué, même sommairement, les règles positives du droit des gens qui viendraient limiter la liberté des Etats. Si on peut rencontrer quelque accord des auteurs sur certains points, notamment dans les corps savants, l'examen des législations positives ne donne qu'un résultat extrêmement faible quant à l'existence de règles non écrites du droit international public positif en la matière. On étudiera tout d'abord ce premier point, pour envisager ensuite les traités diplomatiques.

**73. Limites à la liberté étatique dans les règles non écrites du droit international public.** — L'état embryonnaire du droit des gens en matière de nationalité est caractérisé par le fait qu'on ne peut considérer comme de droit positif pur et simple ce qui paraît être le point de départ d'une répartition rationnelle des individus entre les différents Etats, à savoir le principe que tout individu doit avoir une nationalité et une seule. En fait toutes les législations posent des règles qu'elles savent

(1) V. Weiss, I, p. 10 et s.; Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux*, 2<sup>e</sup> éd. 1890, p. 7 et s.; Rouard de Card, *La nationalité française*, 2<sup>e</sup> éd. 1922, p. 3 et s.; cf. de Lapradelle, R. 1922-23.166; Lerebours-Pigeonnière, n. 60-61; Louis Lucas, *La nationalité française*, p. 2; Niboyet, I, n. 82, note 1. V. aussi les travaux de l'*International Law Association*, 33<sup>e</sup> session Londres 1925.



génératrices de conflits de nationalités: certains individus n'ont aucune nationalité, d'autres en cumulent plusieurs. On ne peut donc dire que l'ensemble des Etats se considèrent comme strictement liés par le principe sus énoncé. C'est au surplus ce qu'a reconnu la Convention de La Haye du 12 avril 1930 en déclarant dans son préambule « qu'il est de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une ». C'est dire que le principe n'est pas encore admis.

Mais il faut ajouter que les Etats sont généralement soucieux de chercher à le respecter, s'efforçant d'atténuer, par des mesures appropriées, les conflits engendrés par leurs législations (1). Il y aura lieu bien entendu d'expliquer ultérieurement cette attitude apparemment peu cohérente, dont on se borne ici à constater l'existence. On peut aussi relever que quand le juge français détermine la nationalité, au regard de la France, d'un individu réclamé par deux pays étrangers, il part implicitement de l'idée qu'une même personne ne peut avoir qu'une nationalité. Il consacrera, par contre sans hésiter, l'apatridie. Enfin la condamnation par le traité de Versailles (art. 278) du système de la célèbre loi allemande, dite loi Delbrück du 22 juillet 1913 est une affirmation internationale de l'unité de nationalité: cette loi prévoyait la possibilité pour les Allemands de conserver leur nationalité ostensiblement ou en secret malgré l'acquisition d'une nationalité étrangère (2).

De ce point de départ, on peut présumer qu'aucun accord n'existe sur des règles positives générales.

En ce qui concerne tout d'abord la *nationalité d'origine* on constate qu'un certain nombre d'Etats (17 en 1929 d'après l'enquête de *Harvard Law School*) se fondent essentiellement sur la filiation (*jus sanguinis*), tandis que la grande majorité (52 d'après la même source) combinent ce facteur avec le lieu de naissance (*jus soli*), mais selon des modalités variées. La seule conclusion qu'on puisse en tirer est qu'un Etat ne saurait attribuer sa nationalité à ceux qui n'ont avec lui aucun lien soit par la filiation soit par le sol (V. en ce sens Maury, *Rép.*, n. 48): sa portée pratique est des plus modestes. Une indication plus effective, mais d'objet plus réduit, est donnée par l'accord général des législations dans l'exemption du *jus soli* au profit des enfants d'agents diplomatiques; cette exemption s'expliquant au moins pour partie par l'idée de courtoisie qui fonde l'ensemble des immunités diplomatiques, peut légitimement être considérée comme exprimant une obligation internationale (En ce sens le rapport de *Harvard Law School, Special Supplement to the American Journal of International Law*, avril 1929, p. 32; Maury, *Rép.* n. 58).

(1) L'article 9-3° de la loi du 10 août 1927 s'est inspiré, au témoignage de celui qui, comme chacun sait, est l'auteur du texte légal, du sentiment d'une obligation internationale d'éviter le cumul quand un Français pratiquerait activement et sans fraude une nationalité étrangère (R. Dreyfus, *J.* 1927.935).

(2) V. R. 1913.321, 966. Sur les réactions critiques en Allemagne à l'égard de cette loi, v. W. Becker, *Das Problem der mehrfachen Staatsangehörigkeit*, *Z. für Völkerrecht*, 1930.478; Gustav Schwartz, *Das Recht der Staatsangehörigkeit in Deutschland und im Ausland seit 1914*, p. 155 et s. Cf. aussi en un sens fort différent la constitution espagnole du 9 déc. 1931, art. 24, citée par Nihoyet, I, p. 125; sur les avantages possibles d'un cumul de nationalités dans une communauté internationale organisée, v. J. Ancel, *Les conflits de nationalités*, J. 1937.22.



Le bilan est peut-être un peu moins insignifiant en ce qui regarde les changements de nationalité. On constate en effet tout d'abord la pratique internationale constante d'accorder les naturalisations sans souci du consentement de l'Etat d'origine du naturalisé: d'où l'on peut déduire, sinon que la nationalité nouvelle sera toujours reconnue par les Etats tiers, du moins qu'un Etat n'a pas le droit de prétendre à l'allégeance perpétuelle de ses nationaux (Sur le déclin de cette prétention, v. d'ailleurs Maury, *Rép.*, n. 66; Kieffé, *L'allégeance dans La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, 1935). D'autre part l'attribution d'office de leur nationalité à certains étrangers par des pays d'immigration a soulevé des protestations diplomatiques (v. les protestations des Etats-Unis et de divers Etats européens contre les lois en ce sens de certains pays latino-américains, citées par *Harvard Law School*, *op. cit.*, p. 53) et est en voie de disparition (V. l'exemple de l'évolution législative du Venezuela donné par Maury, *Rép.*, n. 81); on peut donc considérer que le droit positif condamne de pareilles mesures. Enfin il faut relever que la pratique des plus répandues (V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Déchéance de nationalité* par Trachtenberg) des déchéances de nationalité implique la reconnaissance par les Etats de la validité de cette mesure, donc l'obligation de ne plus considérer le déchu comme ressortissant du pays qui l'a exclu, ce qui concorde d'ailleurs avec le respect d'un fait. V. les concl. du subst. Chabrier sous Seine 7 mars 1929, S. 1929.2.161; R. 1929.297; Niboyet, notes au S. 1926.2.89, R. 1927.242, S. 1929.2.161; Maury, *Rép.* n. 83; Gemma, *Les gouvernements de fait*, *Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1924.3.293; *contra* Pillet, I, n. 126; Louis-Lucas, *La nationalité française*, p. 310. On verra aussi plus loin (n. 75) que les *cessions de territoire* ont donné naissance à quelques règles du droit positif.

**74. Raisons du faible développement du droit international public en matière de nationalité. Rôle des traités.** — On peut donc conclure que le droit international public positif, dans ses règles non écrites, ne donne que très peu de directives aux Etats pour leur législation sur la nationalité. La raison s'en trouve sans doute dans le fait qui explique d'une manière générale la difficulté du développement du droit international public: la diversité de structure des Etats dans l'espace et dans le temps qui, différenciant leurs activités et leurs intérêts, fait obstacle à l'élaboration de règles générales valables pour tous. La nationalité dans un pays d'immigration a une toute autre valeur que dans un pays d'émigration; un Etat fondé principalement sur la race ne l'envisage pas comme un Etat fondé sur la géographie. Et si, fondamentalement, on conçoit que l'ordre interne doive se subordonner à l'ordre international, on sait que le second est postérieur au premier dans l'ordre historique et du développement de fait. Or la détermination des éléments constitutifs de l'Etat, population et territoire, est indispensable à l'existence même de l'ordre interne, et ne peut attendre un développement à venir de l'ordre international: l'Etat doit définir sur quels éléments il entend exercer son autorité. Quant au territoire les traités avec les Etats voisins ou l'impossibilité de fait de modifier l'état de choses existant donnent des solutions au moins provisoires. Pour la nationalité la circulation des indi-



vidus à travers les frontières oblige dans le silence du droit international, à prendre parti par une législation positive (1).

Un moyen terme est cependant concevable dans le système des *traités* qui vont constituer des règles de valeur internationale et donnant des solutions positives immédiatement définies. Mais comme pour tous les traités intéressant le droit international privé, on se heurte au dilemme qui sacrifie l'un ou l'autre de ces objectifs : ou bien il s'agira de traités bilatéraux, et leur valeur internationale sera limitée ; ou bien il s'agira de traités d'union, valables pour un grand nombre de pays, et on retrouve la difficulté de faire admettre par des pays de structure trop différente des règles positives effectivement définies.

Aussi constate-t-on que les traités en matière de nationalité se rencontrent essentiellement dans les cessions de territoire : le traité de cession règle la nationalité des habitants du territoire cédé. Ici en effet la portée internationale du problème est de soi limitée aux deux Etats cocontractants. Il existe aussi des traités bilatéraux destinés à atténuer les effets des conflits de nationalité et une tentative, dont on sait déjà l'insuccès, de traité d'union à ce sujet. On les examinera à propos des conflits de nationalité. Il importe seulement ici de donner quelques notions sur les traités d'annexion liant actuellement la France en matière de nationalité (2).

**75. Notions sur les traités relatifs à la nationalité dans les cessions de territoires.** — La pratique internationale est bien fixée en ce sens que la cession de territoire légitime le changement de nationalité de la population intéressée : l'Etat annexant à un intérêt manifeste à ne pas constituer sur son territoire une minorité étrangère, et l'annexion doit être supposée répondre, dans l'état actuel des idées, au vœu de la population qu'elle concerne, en consacrant politiquement sa nationalité de fait, au moins pour les pays européens et américains.

Normalement ce résultat est expressément stipulé par le traité d'annexion, mais il n'y a pas de traité en cas de conquête totale ; la jurisprudence n'en a pas moins décidé, comme il s'imposait, et conformément à la tradition (V. Pothier, *Tr. des pers.*, I<sup>re</sup> partie, titre II, sect. I), que l'annexion donne à la population de l'Etat annexé la nationalité de l'Etat annexant, posant ainsi une règle de l'ordre international en raison de sa répercussion dans l'ordre interne : Cass. 12 juin 1874, S. 78.1.45 ; Req.

(1) Sur le droit comparé de la nationalité, v. le *Rép. de dr. int.*, V<sup>e</sup> Nationalité, dans les différents pays ; *adde* pour une vue d'ensemble Gustav Schwartz, *Das Recht der Staatsangehörigkeit in Deutschland und im Ausland seit 1914*, Berlin 1925 ; Flournoy et Hudson, *A collection of nationality laws of various countries as contained in constitutions, statutes and treaties*, New-York 1929 ; Bourbousson, *Traité général de la nationalité dans les cinq parties du monde*, 1931 ; Lesk-Löwenfeld, *Das Recht der Staatsangehörigkeit der europäischen und der aussergewöhnlichen Staaten*, Berlin, 1935. *Adde* sur les intérêts politiques des Etats dans les lois sur la nationalité les observations de A. de Lapradelle, agent du gouvernement français devant la C. P. J. I. dans le litige franco-britannique au sujet des décrets français en Tunisie, *Publications de la C. P. J. I.*, série C, n. 2, p. 52 et s.

(2) Le Code de la nationalité contient dans son article 15 une disposition d'allure générale, et d'ailleurs assez évidente, sur ce qu'un traité ne modifie la nationalité des personnes que s'il s'en explique expressément. Cette prescription a une raison particulière qui est indiquée *infra*, p. 82 note 1.



3 déc. 1907, S. 1910.1.555, J. 1908.824 (1). V. aussi Hanoi 17 déc. 1897, D. P. 1902.2.305, S. 99.2.17. Le principe est aujourd'hui législativement consacré en France par le Code de la nationalité (art. 12 et 13) dont les dispositions ont été spécifiées interprétatives des traités antérieurs (art. 14), avec une réserve relative au traité du 30 mai 1814.

Le problème positif qui a été le plus discuté est celui de savoir si les individus atteints par le changement de nationalité sont ceux qui ont leur domicile dans le territoire cédé ou ceux qui y sont nés, ou encore ceux qui réunissent ces deux conditions ou l'une quelconque des deux. Les traités récents, et notamment ceux de 1919, tendent à adopter le premier système, qui paraît effectivement le plus réaliste dans le *plerumque fit* (V. Seine 8 avril 1938, R. 1938.627 et la note) et a été consacré par le Code de la nationalité (Art. 12 et 13). Encore faut-il préciser que, sauf clause contraire expresse, les individus visés ne doivent être que les nationaux du pays cédant, et non ceux d'un pays tiers nés ou domiciliés dans le territoire annexé. V. en ce sens Niboyet, I, n. 271; Audinet, *Rép. de dr. int.*, V° *Annexion*, n. 394 et les références.

La pratique internationale admet d'autre part traditionnellement une *faculté d'option* en faveur de la nationalité de l'Etat cédant, remédiant ainsi à ce que peuvent avoir de fictif, au moins dans des cas particuliers, la présomption que l'annexion répond aux vœux de la population du territoire annexé, et celle que tous les domiciliés ou tous les originaires de ce territoire constituent sa population. On la rencontre déjà dans les traités de Ryswick (1697) et d'Utrecht (1713).

Mais elle implique, pour ne pas compromettre le principe du changement de nationalité, des conditions relativement strictes qui sont en général une déclaration dans un délai assez bref, et l'émigration (2).

La tendance moderne, consacrée par les traités de 1919, est d'étendre les effets de l'option du chef de famille à sa femme et à ses enfants mineurs, au moins de 18 ans. Cette tendance est conforme à la notion, qu'on retrouvera, que l'unité de la famille appelle l'unité de nationalité de ses membres. Mais il ne s'agit là que d'une convenance législative, non d'un principe assez établi de droit positif pour qu'il s'impose au juge dans le

(1) Il ne s'ensuit pas qu'un traité d'annexion qui serait muet sur la nationalité de la population intéressée, devrait nécessairement être interprété comme se référant au droit commun du changement de nationalité, car la pratique est si bien établie de stipuler le changement qu'une dérogation à cet usage peut aussi signifier que les parties ont exclu le changement. C'est ainsi que paraît devoir être entendu le traité de Portsmouth du 5 sept. 1905 entre la Russie et le Japon, le seul exemple qu'on cite d'un traité muet en la matière. V. Audinet, *Rép. de dr. int.*, V° *Annexion*, n. 392. Naturellement la clause expresse de non changement est concevable; on la rencontre dans le traité de 1898 entre la Colombie et le Venezuela (Audinet, *loc. cit.*).

(2) L'art. 13 C. Nat. consacre législativement la perte de la nationalité française par les habitants du territoire cédé, sauf émigration. On a aussi imposé, autrefois, l'aliénation des immeubles. V. Audinet, *loc. cit.*, n. 447-449. La condition d'émigration s'explique, mais est très rigoureuse. On ne peut considérer que comme remarquable qu'elle n'ait pas empêché en 1871 le nombre des Alsaciens et des Lorrains optant pour la France d'atteindre un tiers de la population des départements cédés. (Niboyet, I, n. 119). Sur l'option des incapables, v. Toscano, *Riv. di dr. int.* 1935.257; Audinet, *loc. cit.* n. 451 et s.; Calbaïrac, thèse Toulouse 1926, p. 51 et s. Sur le parallèle de l'option et du plébiscite let les options dans les traités de paix de 1919, v. Gordon, *Les cessions de territoires et leurs effets sur la nationalité des habitants*, in *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 127 et s.; et de manière plus générale Kunz, *L'option de nationalité*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1930.1.11. Sur le traité de 1814, v. Boulbès, note au S. 1947.1.139.



silence du traité. V. cep. Req. 9 juil. 1844, S. 44.1.775; Req. 7 mai 1849, S. 49.1.580; cf. Civ. 13 janv. 1845, D. P. 45.1.89, S. 45.1.90.

La cession de territoire n'a effet que *pour l'avenir*; il en résulte notamment que l'individu né avant la cession sur le territoire cédé est né à l'étranger au regard de l'Etat annexant: Civ. 17 févr. 1903, J. 1904.170, concl. proc. gén. Baudoin. V. cep. sur l'influence de l'idée que les territoires cédés par la France en 1814 auraient été réputés n'avoir jamais été français, Audinet, *loc. cit.*, n. 409 et s.

La formation du territoire français a donné lieu à la conclusion d'un certain nombre de traités internationaux qui conservent un intérêt positif en ce sens qu'ils peuvent encore aujourd'hui permettre d'établir ou de nier la nationalité française de l'ascendant d'un des plaideurs. Mais il va de soi que cet intérêt décroît rapidement avec le temps: les traités de 1814, et même celui de 1860 avec la Sardaigne pour l'annexion de la Savoie et de Nice, ne sont guère plus invoqués devant les tribunaux; le traité de Francfort de 1871 l'est surtout en liaison avec le traité de Versailles. Comme d'autre part il ne s'agit que de l'interprétation, à la lumière des directives qui précèdent, d'instruments diplomatiques particuliers, on se bornera à étudier brièvement, comme exemple, celui de ces traités qui est le plus récent, encore générateur d'une jurisprudence abondante, et qui présente l'intérêt particulier d'organiser une réintégration, le traité de Versailles. V. sur les traités antérieurs, Audinet, *Rép. de dr. int.*, V<sup>o</sup> *Annexion*, n. 409 et s., et pour le traité de 1860, Niboyet, I, n. 273.

**76. Réintégration de territoires. Dispositions du traité de Versailles sur la nationalité en Alsace et en Lorraine.** — Le traité de Versailles présente cette particularité qu'il a considéré l'Alsace et la Lorraine comme *réintégrées* dans la souveraineté française (art. 51): il ne s'agissait pas d'une cession, mais d'une restitution de ce que l'Allemagne avait injustement enlevé à la France en 1871. On n'a cependant pas, pour autant, tiré de cette idée ses conséquences extrêmes qui auraient regardé rétroactivement les départements réintégrés comme ayant toujours appartenu à la France. Le traité dispose (art. 51) qu'ils « sont réintégrés dans la souveraineté française à dater de l'armistice du 11 novembre 1918 ». La nationalité des habitants, par suite, n'a été légalement modifiée qu'à partir de cette date. Mais le principe de la réintégration du territoire s'est traduit quant aux personnes par une réintégration de plein droit dans la nationalité française, obligatoire pour la France et sans faculté d'option pour la nationalité allemande au profit des intéressés.

Néanmoins comme l'immigration allemande après 1871 dans les provinces recouvrées avait été considérable (28 % de la population, soit environ 500.000 habitants) et avait abouti à un assez grand nombre de mariages mixtes, il a paru prudent de réserver d'une manière générale la réintégration de plein droit aux anciens Français devenus Allemands en 1871 et à leurs descendants. Mais certaines catégories dignes d'intérêt eurent la faculté de *réclamer* la nationalité française, laquelle pouvait leur être refusée. Les autres durent solliciter une naturalisation de droit com-



mun dont les conditions leur furent cependant sensiblement facilitées. Le traité a donc organisé trois situations différentes (1).

A. *Réintégration de plein droit.* — Sont réintégrés de plein droit (§ 1<sup>er</sup> de l'Annexe à la section V de la partie III du traité): 1° « les personnes qui ont perdu la nationalité française par application du traité franco-allemand du 10 mai 1871 et n'ont pas acquis depuis lors une nationalité autre que la nationalité allemande »; 2° leurs descendants légitimes ou naturels, à l'exclusion de ceux qui ont parmi leurs ascendants paternels un Allemand immigré depuis le 15 juillet 1870; 3° les individus nés en Alsace et en Lorraine de parents inconnus ou de nationalité inconnue.

La définition de la première catégorie n'a pas permis de réintégrer de plein droit les personnes qui avaient perdu la nationalité française en devenant allemandes autrement que par le traité de Francfort, comme ce fut le cas, généralement très digne d'intérêt, des Françaises ayant épousé un Alsacien après 1870, et devenues ainsi Allemandes en droit par leur mariage. V. Civ. 26 juil. 1921, S. 1922.1.305, R. 1922.23.594, note Niboyet. Le résultat est assurément regrettable et a paru injuste (Niboyet, I, p. 337) parce que si l'Alsace et la Lorraine n'avaient pas été enlevées à la France, ces femmes seraient restées françaises en épousant un Alsacien. Mais il faut sans doute répondre que le Traité de Versailles, s'il a organisé une réintégration, n'a cependant pas cru pouvoir la rendre rétroactive. La naturalisation (sinon le droit de réclamation) a dû être accordée facilement aux intéressées, sous la réserve d'une enquête qui n'était peut-être pas absolument inopportune dans tous les cas.

La condition de réintégration de cette première catégorie est la non acquisition d'une nationalité autre que la nationalité allemande: pareille acquisition en effet aurait exclu les intéressés de la nationalité française, s'ils étaient restés Français depuis 1871 (anc. art. 17-1° C. Civ.); la notion de réintégration, visant seulement à effacer les effets de la conquête, conduit donc à les réputer étrangers, et cette explication induit à ne considérer, comme pour l'article 17-1° C. Civ. (aujourd'hui art. 87, Code de la nationalité) que l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère (en ce sens Niboyet, I, p. 338; Trib. Strasbourg 25 févr. 1921, *Rev. Jur. Als. Lorr.* 1921.4341) (2), ce qui n'empêche pas de refuser la réintégration à l'Alsacienne ayant acquis une nationalité tierce par son mariage (V. Req. 7 déc. 1921, S. 1922.1.308, R. 1922-23.605, notes Niboyet): cette acquisition peut en effet être regardée comme volontaire. Le même esprit du texte justifie la réintégration des femmes ayant recouvré l'indigénat alsacien-lorrain, donc la nationalité allemande, avant 1918, après dissolution de leur mariage avec un étranger (Req. 8 juin 1921, S. 1921.1.322, R. 1922-23.590; Req. 14 nov. 1922, S. 1925.1.150; Civ. 21 mars 1923, J. 1923.972): elles seraient censément redevenues françaises à défaut de la conquête.

(1) V. sur l'origine de ces textes, leur explication et les statistiques, Ripert, *Le changement de nationalité des Alsaciens-Lorrains*, J. 1920.25 et 431; Niboyet, *Répertoire pratique de droit et jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, V° Alsace et Lorraine, n. 66 et s. Sur les résultats statistiques du traité, v. R. 1937.554.

(2) Pour l'acquisition de la nationalité d'un Etat allemand, v. *supra* p. 62, note 1.



La *seconde catégorie des réintégrés* de plein droit, de beaucoup la plus nombreuse, est constituée par les descendants légitimes ou naturels des individus de la première catégorie. Il est nécessaire, pour qu'ils soient réintégrables, que l'ascendant dont ils se réclament l'ait été lui-même. Mais faute par les textes de le préciser, la jurisprudence n'a pas exigé que l'intéressé eût lui-même vocation personnelle à la réintégration; la Cour de cassation a ainsi réintégré des individus qui, nés en France d'Alsaciens-Lorrains dénationalisés en 1871, étaient Français d'origine (comme nés en France de pères eux-mêmes nés en France), et n'étaient devenus Allemands, par l'indigénat alsacien-lorrain, que postérieurement, par mariage notamment: or ces individus n'avaient pas vocation personnelle à la réintégration puisque leur dénationalisation était sans lien avec le traité de 1871 (V. Req. 28 oct. 1925, J. 1926.441, note Nast, R. 1926.397; Req. 13 juil. 1927, J. 1928.1038, note Nast, S. 1928.1.49, note Niboyet; Civ. 9 déc. 1935, R. 1936.430, note Niboyet). Dans ces conditions il était évidemment illogique d'exiger la vocation personnelle des auteurs intermédiaires entre l'ascendant dénationalisé et le demandeur en réintégration: est réintégré celui dont le grand-père maternel a été dénationalisé en 1871, bien que sa mère ait acquis la nationalité allemande en 1861 par son mariage, et n'ait donc pas eu vocation personnelle à la réintégration: Req. 23 oct. 1934, R. 1935.390. V. de même Req. 23 juil. 1935, R. 1936.430, note Niboyet.

Réagissant cependant contre cette méthode, la Chambre civile a étendu à la seconde catégorie la condition, posée pour la première, de la non acquisition d'une nationalité autre que la nationalité allemande: Civ. 22 avril 1947, J. C. P. 1947.II.3752, note P. L.-P.

Mais l'exégèse littérale a prévalu dans l'interprétation de l'exception apportée à la seconde catégorie au sujet de ceux dont un ascendant paternel est un Allemand immigré après le 15 juillet 1870: est réintégré celui dont l'ascendant paternel allemand n'a jamais immigré en Alsace-Lorraine, parce qu'il n'entre pas dans les termes rigoureux de l'exception (Civ. 9 nov. 1925, S. 1925.1.308, J. 1926.441, note Nast; Civ. 9 mai 1938, R. 1939.86): sa nationalité française de fait est cependant encore plus douteuse, et le raisonnement *a fortiori* aurait mieux respecté l'esprit du traité que l'*à contrario*.

La *troisième catégorie* de réintégrés de plein droit comprend les enfants nés de parents inconnus ou de nationalité inconnue: ils auraient évidemment été Français à défaut de la conquête en vertu de l'article 8-2° C. Civ. (art. 21 C. Nat.); aussi est-il rationnel de résoudre comme pour ce dernier texte la question de savoir si la règle s'étend aux enfants dont les parents ne leur transmettent pas leur nationalité, encore que la tendance décidée de la Cour de cassation à l'interprétation littérale du traité doive laisser prévoir la réponse négative le jour où la question lui serait posée.

La *constatation des réintégrations* a été organisée, conformément au traité, par le décret du 11 janv. 1920, sous la forme d'une inscription sur un registre tenu par le maire, d'office ou à la requête de l'intéressé sans délai de forclusion (V. sur ce dernier point, Req. 23 oct. 1934, R. 1935.390; Civ. 22 févr. 1939, S. 1939.1.189). L'octroi ou le refus d'inscription peuvent être attaqués devant le tribunal régional statuant en



dernier ressort. (V. sur son rôle Civ. 9 avril 1937, R. 1937.665; la charge de la preuve Req. 11 janv. 1939, R. 1939.433, note Ancel; les conditions de délai Req. 10 juil. 1940, R. 1947). L'inscription, même non contestée en justice, a autorité de la chose jugée *erga omnes* (Civ. 26 janv. 1925, S. 1925.1.358, J. 1925.1002); elle prend effet au 1<sup>er</sup> nov. 1918, bien que le traité ne soit entré en vigueur que le 10 janv. 1920, ce qui souligne la différence entre la réintégration de territoire et l'annexion pure et simple. Les effets de la réintégration dans la nationalité française sont purement individuels, le registre qui les mentionne doit indiquer (D. 28 mai 1935), mais à titre de simple renseignement (V. Niboyet, I, p. 351) ceux des réintégrés (et aussi des réclamants admis) qui viennent à perdre la nationalité française.

B. *Réclamation de la nationalité française.* — La réclamation de la nationalité française (§ 2 de l'annexe) a été ouverte à quatre catégories.

1° Les descendants, *non réintégrés*, de ceux qui ont perdu la nationalité française par le traité de Francfort (§ 2-1°). Leur non réintégration peut provenir de ce qu'ils ont un ascendant paternel allemand immigré après le 15 juillet 1870, mais aussi de ce qu'ils ont acquis une nationalité tierce (Req. 8 juin 1921, S. 1921.1.321, J. 1921.554, R. 1922-23.602). La faveur s'explique sous le bénéfice du contrôle.

2° *Certains Allemands*: ceux qui ont leur domicile en Alsace-Lorraine depuis le 15 juillet 1870, et leurs descendants (§ 2-3°) (1), ceux qui, nés ou domiciliés en Alsace-Lorraine, ont servi dans les armées alliées ou associées, et leurs descendants (§ 2-4°). Il y a présomption d'assimilation à la population locale.

3° *Certains individus d'origine étrangère*: toute personne née en Alsace-Lorraine avant le 10 mai 1871 de parents étrangers, et ses descendants (§ 2-5°); tout étranger, non ressortissant d'un Etat allemand, qui a acquis l'indigénat alsacien-lorrain avant le 3 août 1914 (§ 2-2°). Ils auraient normalement accédé à la nationalité française sans la conquête. La Cour de cassation a appliqué grammaticalement, mais libéralement, le § 2-2° aux Français (Civ. 26 juillet 1922, J. 1924.170, R. 1922-23.607) et la loi du 5 juillet 1925 l'a étendu aux descendants des intéressés. Sur cette loi, distincte des traités, v. Niboyet, I, p. 354, et pour sa procédure, p. 360.

4° *Le conjoint* de quiconque est réintégré ou obtient la nationalité française par voie de réclamation (§ 2-6°). Les *enfants mineurs* suivent le sort du réclamant. (D. 21 janv. 1920, art. 4).

La réclamation a dû être faite dans l'année de la mise en vigueur des traités (ou pour les mineurs, dans l'année de leur majorité) à la mairie. A défaut d'opposition dans le mois de l'affichage, le tribunal, ayant vérifié que les conditions légales de la réclamation étaient remplies, ordonnait l'inscription du réclamant, dont la nationalité française était ainsi fixée par une décision constitutive, valable *erga omnes* (v. Civ. 22 avril

(1) Un domicile sur une autre partie du territoire français n'y équivaut pas : Civ. 26 juil. 1921, R. 1922-23.602; 8 juil. 1925, R. 1926.300, S. 1926.1.181. Les descendants doivent eux-mêmes avoir toujours été domiciliés en Alsace-Lorraine : Civ. 18 déc. 1920, J. 1924.1053.



1947, J. C. P. 1947.II.3752, note P. L.-P.). L'opposition, qui pouvait émaner de tout particulier, du Commissaire général d'Alsace et Lorraine ou du ministère public, était appréciée par le Commissaire général sur l'avis d'une commission administrative. La décision, discrétionnaire, ne pouvait être déférée au Conseil d'Etat que pour irrégularité dans la procédure (1).

Les effets de la réclamation se produisent pour l'avenir: Civ. 18 mai 1927, S. 1927.1.257, note Niboyet; 6 juil. 1927, S. 1927.1.374; V. aussi Matter note au D. P. 1927.1.13. L'article 54 du traité qui les fait rétroagir au 11 nov. 1918 a été jugé ne s'appliquer qu'à la matière qu'il concerne, notamment les séquestres (Req. 24 mai 1922, S. 1924.1.33, R. 1922-23.607, notes Niboyet). La loi du 5 juillet 1925 a spécifié la rétroactivité de ses effets par référence à l'art. 54.

C. *Naturalisation de faveur*. — Les Allemands nés ou domiciliés en Alsace-Lorraine qui ne bénéficiaient pas de la faculté de réclamation ont pu solliciter leur naturalisation dans des conditions sensiblement plus faciles que celles du droit commun à savoir: 1° un domicile en Alsace-Lorraine antérieur au 3 août 1914; 2° trois ans de résidence ininterrompue sur le même territoire à dater du 11 novembre 1918. Le droit commun exigeait à l'époque dix ans de stage (à défaut d'admission à domicile, ce qui était le cas des Allemands d'Alsace-Lorraine; v. Niboyet, I, p. 365). Les chances d'assimilation des intéressés ont paru justifier cette faveur qui s'accordait avec l'intérêt français à éliminer les éléments juridiquement allemands (Cf. Ripert, J. 1920.443).

La naturalisation ne produisait naturellement effet que pour l'avenir selon le droit commun; son bénéficiaire, à la différence du réintégré et du réclamant, était frappé des incapacités ordinaires du naturalisé (Cf. n. 122). Le décret du 31 janvier 1922, qui a fixé la procédure, a étendu ses effets aux enfants mineurs.

La loi du 10 août 1927, en réduisant de dix ans à trois ans le stage de droit commun exigé pour la naturalisation, a enlevé tout intérêt à cette ancienne faveur.

## § 2. — CONFLITS DE NATIONALITÉS.

77. *Généralités*. — La faible portée des sources internationales du droit de la nationalité et le développement corollaire des législations internes aboutirent aux conflits de nationalités qui se présentent sous deux formes: un même individu peut cumuler plusieurs nationalités, conflit positif, ou n'en avoir aucune, être *apatride* (ou encore *heimatlos*), conflit négatif. Les inconvénients de ces situations sont manifestes: dans le premier cas les intéressés sont soumis à des obligations concurrentes qui peuvent devenir contradictoires notamment en temps de guerre, dans le second ils sont privés de tous les avantages de la nationalité, notamment

(1) L'opposition a été interdite à l'encontre de la réclamation du conjoint; ce souci de l'unité de nationalité du ménage est digne d'approbation, d'autant que l'opposition restait possible sinon à l'encontre de la réintégration, du moins à l'encontre de la réclamation du conjoint qui y avait personnellement vocation.



la protection diplomatique. Dans les cas aigus ces situations peuvent devenir génératrices de conflits entre Etats.

On a indiqué ci-dessus (n. 74) les raisons pour lesquelles le droit positif s'est vu forcé d'admettre cette situation si fâcheuse pour les particuliers. Il reste à examiner comment sont résolus les conflits ainsi créés, et dans quelle mesure on a pu chercher à les éviter. Mais il y a lieu de distinguer à cet égard entre les conflits qui mettent en cause la nationalité du juge saisi et ceux qui concernent deux nationalités étrangères (1).

**78. Conflits mettant en cause la nationalité du juge saisi.**  
**Application de la loi du for.** — *Quand l'une des nationalités en conflit est celle du juge saisi, celui-ci ne peut qu'appliquer purement et simplement sa propre loi sans égard à aucune autre.* Cette règle dérive nécessairement de l'existence même des législations internes: la loi française déterminant qui est Français, le juge français est tenu de l'appliquer même quand une loi étrangère attribue sa nationalité à un individu que notre loi répute Français. Il n'appartient pas en effet au juge interne de faire prévaloir ce qui lui paraît l'ordre international à l'encontre de la conception, à ses yeux erronée, du législateur: agent de l'ordre interne, le juge ne peut se mettre en opposition avec le pouvoir dont il tient sa mission, et sans lequel il n'est rien; si la subordination de principe du droit interne au droit international l'autorise à dire le droit international pour en déduire le droit interne là où il en dépend, par exemple dans l'interprétation d'un traité, c'est seulement dans la mesure où le législateur lui en a expressément ou implicitement laissé la latitude en ne prenant pas parti lui-même. Or en matière de nationalité il a pris parti pour les raisons que l'on sait; le juge doit donc considérer que ses dispositions expriment sa vue de l'ordre international et le lient.

La règle, aussi bien, est unanimement admise, non seulement dans l'ordre interne où les juges l'appliquent sans même l'énoncer explicitement en général (2), mais dans l'ordre international où elle est exprimée par l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 (mise en vigueur le 1<sup>er</sup> juil. 1937) « concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité »: « Sous réserve des dispositions de la présente convention, un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité, comme son ressortissant » (3). Le droit international public reconnaît ainsi, par une de ses sources les plus autorisées, que l'ordre international est valablement exprimé dans l'état actuel des choses pour chaque Etat par sa propre législation. V. aussi Code Bustamante, art. 9. Le droit comparé

(1) Sur la situation de l'apatride, v. *infra* n. 163.

(2) V. cependant son énoncé dans Seine 18 nov. 1892, *Le Droit*, 11 janv. 1893; 10 juil. 1919. *Gaz. Trib.* 18 sept. 1919; 31 déc. 1920, R. 1920.528; Trib. Rabat 9 juil. 1934, R. 1935.392, note Meylan.

(3) M. Niboyet relève (*Traité*, I, p. 525, note 1) que la règle se rencontre déjà dans un traité franco-autrichien du 24 juil. 1776 (art. 3): « Comme la manière d'acquérir les droits de bourgeoisie et d'indigénat est différente dans les Etats respectifs, il est convenu et arrêté qu'on suivra à cet égard les lois et usages établis dans chaque pays ».



ne donne aucune indication contraire, v. Maury, *Rép. de dr. int.*, v° *Nationalité*, n. 96.

Une limite positive est cependant reconnue à cette liberté des Etats: ceux-ci ne peuvent légitimement prétendre exercer la protection diplomatique de leurs nationaux à l'encontre des Etats qui considèrent ces derniers comme leurs propres ressortissants: un Français ne peut recourir au consul de France dans un pays qui le regarde comme son national. La règle est posée par l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930 (V. aussi l'article 10 du Code Bustamante, et les instructions aux consuls anglais citées par Jordans, *Rép. de dr. int.*, v° *Conflits de nationalités*, n. 9). Elle n'est au fond que la conséquence logique du principe de la liberté étatique, si on veut bien entendre la liberté non comme le désordre, mais comme la faculté pour chaque Etat de rechercher lui-même l'ordre à établir: chaque Etat ayant reconnu que les autres peuvent légitimement déterminer eux-mêmes leurs ressortissants, doit respecter le jeu de la loi étrangère sur le territoire où elle est en vigueur, à l'encontre de ses agents diplomatiques et consulaires, dont la mission est subordonnée à la compétence première de la loi locale (1).

Si on ajoute que les signataires de la Convention de La Haye ont accepté la réglementation de quelques points particuliers (v. *infra* n. 79) il est permis de dire que le droit international public positif n'ignore pas complètement les conflits de nationalités puisqu'il leur apporte un élément de réglementation. Par contre on peut considérer que le droit international privé, dans la mesure où il relève de la loi interne, les ignore: en droit positif il n'y a pas de conflit juridique en ce sens qu'il n'y a pas à choisir entre deux lois se prétendant compétentes en vertu de titres comparables; la loi du juge saisi règle la question en des termes qui excluent tout recours à une autre loi. Il n'y a pas, en rigueur de termes, de *conflits de lois* sur la nationalité devant le juge interne; il n'y a qu'un conflit de fait, l'existence d'une autre nationalité n'étant pour ce juge qu'un simple fait; l'expression de *conflits de nationalités* est donc, pour cette raison, préférable à celle, moins usitée d'ailleurs, de conflits de lois sur la nationalité.

Mais si le juge interne doit ignorer ce conflit de fait pour se conformer à la loi, il ne s'ensuit pas que le législateur doive, lui aussi, l'ignorer: la liberté que lui reconnaît le droit international ne signifie pas l'arbitraire, mais la faculté de chercher les mesures les plus propres à une répartition convenable des individus entre les différents Etats. Dans cette recherche la préoccupation d'éviter les conflits doit jouer, et joue effectivement un rôle qu'il y a lieu de préciser.

**79. Mesures législatives et conventionnelles tendant à réduire les cumuls de nationalités.** — Chaque législateur détermine lui-même ses nationaux parce que cette détermination est un des fondements de l'ordre interne, dont il connaît mieux que personne les exigences, et que

(1) La Chire avait cependant soutenu le contraire à la Conférence de La Haye de 1930 au moins pour le cas où des émigrés constituent un groupe homogène fidèle à ses mœurs et à ses coutumes; il y a assurément là une situation originale qui pourrait mériter un examen particulier. V. Kusters, *La nationalité à la Conférence de La Haye*, R. 1930.422.



le droit international n'a pas autorité pour organiser. Mais le législateur ne doit pas méconnaître que la répartition des individus entre les différents Etats est simultanément un facteur premier de l'ordre international, et il doit chercher à mettre en harmonie ces deux aspects du droit de la nationalité. La valeur du résultat exprimera la mesure dans laquelle sa conception de son ordre interne peut s'intégrer dans l'ordre international.

Un pareil résultat n'est pas incompatible avec la diversité des législations consécutives à la diversité de nature des Etats. Il est de toute manière certain que l'unification des législations ne constituerait pas, par elle-même, un moyen adéquat d'éviter les conflits. Si, en effet, deux lois identiques, comme l'ont été longtemps par exemple la loi belge et la loi française, contiennent simultanément les mêmes applications du *jus sanguinis* et du *jus soli*, un même individu pourra être en même temps Français comme fils de Français et Belge comme né en Belgique.

Comme la grande majorité des Etats trouvent convenable de combiner selon des modalités diverses le *jus sanguinis* et le *jus soli* (n. 91), les remèdes aux conflits consistent en des mesures diverses suivant qu'il s'agit d'éviter les cumuls ou les apatridies.

A l'encontre du cumul le remède générique est l'*option* qui va permettre à l'intéressé de trancher lui-même le conflit. Mais l'Etat se réserve souvent le contrôle de l'option pour éviter les abus; c'est le principe en France (art. 9-3° L. 1927, 91 C. Nat.). La convention de La Haye de 1930 prévoit l'option de manière générale mais sous le contrôle de l'Etat dont l'optant veut abdiquer la nationalité s'il réside sur son territoire. V. sur ce texte, Niboyet, I, p. 535; pour le droit comparé Maury, *Rép.*, n. 102.

Mais on peut vouloir aller plus loin et tarir la source même des conflits. Il appartient à cet égard aux Etats de modérer leurs prétentions dans la définition des cas de nationalité d'origine et d'acquisition ultérieure de leur nationalité. La Convention de La Haye (art. 12) exclut l'application « de plein droit » du *jus soli* aux enfants dont les parents jouissent de l'immunité diplomatique. On a vu d'ailleurs que la règle peut être regardée comme universellement reçue. L'article 10 rejette l'effet sur la femme sans son consentement de la naturalisation du mari, et l'article 11 la réintégration de la veuve sans son consentement dans la nationalité antérieure à son mariage. La loi française est déjà en ce sens. Enfin les cas de *perte* de la nationalité peuvent être aménagés en vue d'éviter les cumuls de nationalité; ce souci inspire par exemple l'article 87 du Code de la nationalité aux termes duquel perd la nationalité française, sous certaines conditions cependant, celui qui acquiert volontairement une nationalité étrangère.

Des *traités bilatéraux* peuvent aussi remédier aux conflits dans les relations de deux Etats déterminés. Ainsi le traité franco-suisse du 23 juillet 1879 décide que les enfants mineurs du Français naturalisé en Suisse restent Français, mais jouissent d'une option dans l'année de leur majorité pour la nationalité suisse. Le traité franco-belge du 12 septembre 1928 élimine les conflits, aussi bien négatifs que positifs d'ailleurs, qui résultent du mariage d'une Française avec un Belge ou d'une Belge avec un Français (v. n. 130). V. aussi la déclaration franco-monégasque du 7 octobre 1919 (Niboyet, I, p. 529). Les effets de ces conventions sont évi-



demment limités et on sait que la tradition n'est pas favorable à ces dérogations au droit commun; aussi sont-elles, on le voit, fort peu nombreuses.

Une mesure encore plus modeste en droit, mais utile en fait, à l'encontre des cumuls de nationalité, consiste dans la simple réglementation des *obligations militaires* incombant aux intéressés. Ainsi le traité franco-belge du 12 septembre 1928 détermine dans quel pays accomplira son service militaire celui qui cumule les nationalités française et belge (1). D'autres traités (v. leur liste dans Niboyet, p. 546) conviennent simplement que le premier service accompli dispensera du second, mais leur importance a bien diminué du fait que la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement de l'armée (art. 99) a dispensé du service militaire en temps de paix ceux qui « par le fait de leur naissance à l'étranger sont à la fois Français et ressortissants d'un pays étranger autre que les pays d'Europe et les pays limitrophes de la Méditerranée », s'ils prouvent qu'ils ont satisfait à la loi militaire de ce pays. La Convention de La Haye de 1930, dans un protocole spécial relatif aux obligations militaires, décide que le service sera accompli dans le pays où l'intéressé réside et auquel il se rattache le plus en fait (art. 1<sup>er</sup>). S'il bénéficie d'une option à sa majorité, on devra en attendre le résultat (art. 2). C'est ce que décide déjà, sur ce second point, la loi française du 31 mars 1928, art. 112.

**80. Mesures relatives à l'apatridie.** — Le conflit négatif n'est conflit qu'en un sens, puisque les lois en présence, se désintéressant de l'apatride, n'émettent pas positivement de prétentions opposées à son sujet: il n'y a pas de conflit matériellement parlant. C'est rationnellement qu'on peut en voir un dans la mesure où on estime qu'une certaine loi *devrait* accueillir l'apatride et que les autres sont fondées pour cette raison à l'exclure.

Les remèdes généraux à l'apatridie dont peut user le législateur consistent tout d'abord à aménager l'attribution et l'acquisition de sa nationalité de manière à éviter qu'échappe à son emprise quiconque a un lien avec le pays suffisamment effectif pour que les pays étrangers le considèrent comme son ressortissant. Ce souci a constamment inspiré la loi française jusqu'à ces dernières années où a prévalu une tendance à la méfiance vis-à-vis des étrangers.

Mais c'est surtout dans l'organisation des cas de perte de la nationalité que peut se manifester la préoccupation d'éviter l'apatridie. On constate par exemple en droit comparé la désuétude de l'abdication de nationalité sans condition d'acquisition d'une autre allégeance (Maury, *Rép. de dr. int.*, v<sup>o</sup> *Nationalité*, n. 91). Par contre la déchéance à titre de sanction, qui crée régulièrement des apatrides, a reçu dans ces dernières années un développement important, au moins en droit français.

La Convention de La Haye de 1930 décide que l'enfant né de parents

(1) La loi du 30 août 1929 autorisant la ratification de ce traité retire d'ailleurs la nationalité française aux intéressés qui accompliront leur service militaire en Belgique. La mesure, qui ne paraît guère conforme, comme on l'a relevé, à l'économie du traité (v. Louis Lucas, R. 1930.193; Niboyet, I, n. 349) exprime à nouveau l'idée qu'un individu ne doit avoir qu'une nationalité et que son service militaire vaut option. V. sur la convention R. Dreyfus, J. 1929.939, et les observations de R. Boulbès, S. 1946.5.206, approuvant la solution légale et montrant que la divergence d'interprétation en France et en Belgique explique l'art. 15 C. Nat.



inconnus à la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel il est né (article 14) — disposition très généralement reçue en droit comparé (Maury, *Rép.* n. 56) — et que l'apatridie ne devra pas résulter de la reconnaissance d'un enfant naturel, de sa légitimation ou de son adoption (art. 16 et 17). Certains législateurs, en effet, attachent à ces événements la perte de leur nationalité sans vérification que l'enfant acquiert celle du parent qui l'a reconnu, légitimé, ou adopté; ce n'est d'ailleurs pas le cas de la loi française. Il en sera de même pour les enfants mineurs de la naturalisation de leur père (art. 13) et pour les femmes de leur mariage (art. 8) ou d'un changement de nationalité du mari pendant le mariage (art. 9). Là encore la loi française est en ce sens. Enfin le « permis d'expatriation » que connaissent certaines législations ne dénationalisera que sous condition d'obtention d'une autre nationalité (art. 7).

**81. Conflits de deux nationalités étrangères. Nationalité des étrangers.** — Un juge peut être saisi du conflit de deux nationalités étrangères, par exemple pour déterminer la loi applicable au statut personnel d'un étranger, ou encore pour savoir s'il est ressortissant d'une puissance ennemie, et doit, à ce titre, voir ses biens séquestrés.

Le juge ne trouve plus alors aucun secours dans sa loi, car elle règle seulement l'attribution de sa propre nationalité: la loi française ne détermine pas la nationalité de ceux qui ne sont pas Français. On admet cependant que le juge français la détermine pour trancher le litige dont il est saisi et qui en dépend, sans qu'il ait à renvoyer les parties à cet effet devant une juridiction étrangère. La raison s'en trouve dans la notion que *la nationalité des étrangers se ramène devant le juge français à une question de fait*. En effet le droit international public, admis en France, reconnaît d'une manière générale la compétence législative des Etats étrangers, mais seulement dans le domaine de leur souveraineté c'est-à-dire sur leur territoire et, dans certaines matières, à l'égard de leur population. Mais la détermination de ce territoire et de cette population est laissée, ou à peu près, aux initiatives unilatérales ou aux ententes des Etats. Si deux Etats prétendent simultanément à une même province, les Etats tiers seront fondés à la considérer comme appartenant à celui qui y exerce en fait sa souveraineté; de même si un individu est réclamé par deux Etats ils examineront quel est celui auquel en fait il se rattache. Ce faisant ils se conformeront au droit international public qui voit un Etat là où un gouvernement exerce effectivement son autorité sur un territoire défini et une population déterminée. La prétention législative d'un Etat à exercer son autorité sur un individu qui, en fait lui échappe, n'a aucun titre à lier les Etats tiers. Autrement dit le droit international public considère l'existence et la composition des Etats comme un fait, dont il tire, sous certaines conditions, des conséquences de droit; les différents Etats, et leurs juges sont fondés à y voir aussi un fait. Sans doute le droit international admet que chaque Etat détermine législativement sa population, mais dans la mesure où cette législation prétend s'appliquer à des individus qui en fait lui échappent, elle perd son autorité internationale car elle ne contribue plus à une répartition objective des personnes. Les Etats tiers sont donc fondés à examiner si en fait un individu donné relève de l'autorité de tel ou tel Etat. Ces principes pourraient valoir



même dans le cas extrême où une personne ne serait réclamée que par un seul Etat, mais à l'encontre de toute allégeance réelle.

Néanmoins la consultation de la loi étrangère est le premier devoir du juge français parce que si la nationalité d'un étranger déterminé se ramène à une question de fait, la nationalité en elle-même n'en est pas moins une notion de droit, et le droit international public admis en France donne en principe compétence aux législations nationales pour attribuer leur nationalité. Ainsi le juge français doit déclarer apatride celui qui a perdu, d'après la loi allemande, la nationalité allemande sans en acquérir aucune autre (Req. 15 mars et 1<sup>er</sup> août 1922, D. P. 1923.1.97, S. 1922.1.364, J. 1922.399, 1923.894) et il ne reconnaît pas cette qualité à celui qui déclare abdiquer sa nationalité si la loi intéressée ne donne pas effet à cet acte individuel (Seine 16 juil. 1908, R. 1913.491, concl. Matter) (1).

D'autre part, s'il peut refuser, le cas échéant, de reconnaître une nationalité attribuée par une loi étrangère contre toute réalité, il ne saurait en attribuer une contre les dispositions de la loi qui l'institue parce que la nationalité étant une notion de droit n'a de réalité que si elle est attribuée par une loi; et cette loi ne peut être que celle qui l'institue sans laquelle cette nationalité n'existerait pas, ainsi que le reconnaît le droit international public. Si la Cour de cassation cependant a autrefois approuvé qu'une cour d'appel déclare russe, contrairement à la loi russe, l'enfant naturel né en Italie d'un Russe et d'une Italienne (Civ. 2 juin 1908, D. P. 1912.1.457, S. 1911.1.385), c'est parce que le texte de l'ancien article 8 C. civ. imposait cette solution en donnant *in abstracto* à l'enfant naturel la nationalité de son père connu en même temps que sa mère. Mais la réforme de 1927 a justement considéré cette rédaction comme une erreur et l'a modifiée en conséquence (n. 101). V. cep. Gégout, *Des conflits de nationalité in la Nationalité dans la science sociale*, p. 319-321; cf. dans la matière spéciale des séquestres Req. 25 oct. 1922, J. 1923.895; v. aussi Req. 8 juin 1926, J. 1927.435, R. 1927.518, et les observations de M. Ancel, R. 1934.705.

Il en sera de même si la nationalité étrangère résulte d'un traité passé entre deux Etats étrangers: ce traité a valeur de loi dans les Etats signataires et il est légitimement source de la nationalité aux yeux des juges français (V. Rabat 26 mai 1928, J. 1929.451). La solution s'imposera d'autant plus si le traité est spécialement intervenu pour résoudre des conflits de nationalités comme les célèbres conventions Bancroft conclues en 1868 entre les Etats-Unis et la Confédération de l'Allemagne du Nord (Seine 17 juil. 1917, J. 1918.238, R. 1918.435).

**S2. Notion de la nationalité effective.** — Mais si deux lois étrangères attribuent simultanément leur nationalité à un même individu, le juge français est tenu de choisir entre elles parce qu'il ne peut les appli-

(1) La Cour de cassation fait en outre application ici de sa jurisprudence, qui sera étudiée ultérieurement (n. 337), aux termes de laquelle l'interprétation des lois étrangères est une question de fait qui ne donne pas ouverture à cassation: Req. 19 mars 1918, S. 1918-19.1.83; 10 févr. 1920, G. P. 1920.1.345; 29 nov. 1922, G. P. 1923.1.296; 18 nov. 1924, G. P. 1925.1.150. V. pour la détermination directe de la nationalité étrangère d'après l'unique loi en cause, Nancy 10 juin 1914, G. P. 1914-15.226; Paris 21 juin 1917, J. 1917.1780; 7 janv. 1920, *Gaz. Trib.* 12 févr. 1922; 30 avril 1926, S. 1926.2.89, et les arrêts cités *infra* à la preuve de la nationalité.



quer simultanément : une demande en divorce d'un Allemand qui est en même temps Brésilien doit être jugée en France ou d'après la loi allemande ou d'après la loi brésilienne.

On a affirmé qu'un même individu pourrait être regardé comme ayant des nationalités différentes suivant le point de vue qu'on envisage : une Chilienne ayant épousé un Allemand serait réputée chilienne conformément à la loi chilienne pour obtenir l'application d'un traité franco-chilien, et allemande conformément à la loi allemande pour voir ses biens séquestrés (Paris 20 mars 1925, D. H. 1925.354, J. 1926.91; V. aussi Niboyet, I, n. 465). Mais force sera bien de choisir dans les relations de droit privé où les deux parties sont visées par la même loi : si la Chilienne invoque son incapacité d'après la loi du Chili tandis que son cocontractant lui oppose sa capacité d'après la loi allemande, on ne peut plus se contenter de dire que cette femme peut se prévaloir de l'une quelconque de ses nationalités, car la loi allemande sur la capacité est écrite non seulement pour l'incapable mais aussi pour son cocontractant qu'elle protège dans une certaine mesure (1). Et si on considère que la nationalité a un rôle dans l'ordre international en ce qu'elle répartit les individus entre les différents Etats, il apparaîtra que la compétence des Etats pour la régler ne doit pas méconnaître ce caractère; il s'impose donc de choisir entre des prétentions contraires.

C'est ce que décide la convention de La Haye de 1930 (art. 5) : « dans un Etat tiers l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en possédait qu'une » (2).

La jurisprudence française, approuvée par les auteurs les plus récents (3), a pris parti en décidant que la détermination de la nationalité d'un étranger réclamé par deux lois différentes est une question de fait : Req. 21 juin 1922, S. 1922.1.256, J. 1922.994, R. 1923.311 (4). Le juge devra rechercher la nationalité effective (ou active) de l'intéressé (rapport du Cons. Célice sous Req. 17 déc. 1923, D. P. 1924.1.10), c'est-à-dire si l'intéressé s'est comporté comme national de l'un ou l'autre des pays qui le réclament. Sa résidence habituelle donnera à cet égard l'indication la plus caractéristique, mais qui peut ne pas exister s'il est domicilié dans un pays tiers, ou ne pas être concluante s'il réside alternativement dans l'un et l'autre pays. On considérera alors la langue qu'il parle, le siège de ses affaires, la nationalité de sa femme, bref

(1) En réalité il s'agissait uniquement dans cette espèce d'une question de séquestre et la Cour de Paris a simplement voulu dire que l'esprit des lois sur le séquestre permettait leur application à quiconque avait un lien avec les puissances ennemies sans qu'il y ait à prendre parti sur la valeur d'une autre nationalité alléguée. Cf. en ce sens Paris 10 nov. 1920, Gaz. Trib. 29 nov. 1920; v. aussi ci-dessus n. 67 l'application du séquestre aux nationaux de pays tiers qualifiés « ressortissants » ennemis. Mais les motifs, dépassant cet objectif, ont posé une question plus vaste.

(2) On observera, par contre, que la convention n'exclut pas la possibilité de l'apatridie et qu'effectivement la jurisprudence française l'a expressément admise : Req. 15 mars et 1<sup>er</sup> août 1922, D. P. 1923.1.97, S. 1922.1.354, J. 1922.999, 1923.894.

(3) Lerebours-Pigeonnière, p. 149; Maury, Rép. n. 110; Ancel, J. 1937.39; Gégout, *Des conflits de nationalité in La Nationalité dans la science sociale*, p. 335 et s. V. aussi L. Renault, *Annuaire de l'Institut de droit international*, X, p. 25, et les *Vozuz* du 2<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé (1937), p. 72.

(4) L'arrêt semble se référer à l'idée que l'interprétation des lois étrangères est une question de fait; mais en décidant qu'« il appartenait à la Cour d'Appel d'apprécier la loi étrangère fixant la nationalité d'Otto Rée » la Chambre des Reques marque nettement que le problème de fait consiste bien à choisir entre les deux lois en présence.



tous les éléments pouvant constituer une *possession d'état*, y compris d'ailleurs, mais sous le contrôle du juge, la préférence qu'il a lui-même manifestée à cet égard explicitement ou implicitement (1).

Cette même notion a été admise par les juridictions internationales pour lesquelles les lois en conflit font nécessairement figure de lois étrangères. V. sur les « arbitrages vénézuéliens » Basdevant, R. 1909.56, 60. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye l'a consacrée par sa sentence du 3 mai 1912 (J. 1912.1317, R. 1912.331) dans le conflit italo-péruvien (affaire Canevaro) (2). V. aussi trib. arb. mixte franco-allemand 10 juil. 1926, S. 1928.2.49, note critique Niboyet.

La convention de La Haye de 1930, enfin, l'a consacrée dans les termes les plus explicites en disposant que tout Etat tiers « pourra, sur son territoire reconnaître exclusivement parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel d'après les circonstances il apparaît comme se rattachant le plus en fait » (art. 5) (3).

### Section III

#### La législation française sur la nationalité.

83. Plan. — La législation française actuelle sur la nationalité, qui tient dans l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant *code de la nationalité française* (désigné ci-après C. Nat.) (4), est le résultat d'une évolution qu'il importe de retracer tout d'abord. On envisagera ensuite le champ

(1) Cet état du droit positif et la justification qui en a été donnée dispensent de discuter autrement les thèses qui, voulant voir dans le problème une question de droit, proposent l'application de la loi de la nationalité acquise la première (Pillet, I, n. 126; cf. Perroud, J. 1906.827; Audinet, S. 1906.2.259) comme constituant internationalement un droit acquis, ou la préférence de la loi la plus semblable à celle du juge saisi (Weiss, I, p. 327; Surville, p. 246). La seconde solution est injustifiable en droit et ne peut que se ramener à la nationalité effective. La première ne vaut pas pour la double nationalité d'origine et suppose un principe d'allégeance perpétuelle de plus en plus abandonné. On souligne au contraire (Ancel, J. 1937.39) que la nationalité acquise correspondra le plus souvent à la nationalité effective et cette vue est fréquemment reçue en droit comparé, v. Maury, *Rép.* n. 113.

(2) « Considérant qu'en fait Raphaël Canevaro s'est à plusieurs reprises comporté comme citoyen péruvien... le gouvernement du Pérou a le droit de le considérer comme citoyen péruvien et de lui dénier la qualité de réclamant italien ». V. de Germiny, *Les conflits de nationalités devant les juridictions internationales*, thèse, Paris, 1916; Gordon dans *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 113, et les références.

(3) Le Code Bustamante (art. 10-11) se réfère à la loi du domicile sinon à celle du juge saisi. Cette solution est la plus fréquente en droit comparé. V. Maury, *Rép.*, n. 113. Un arbitrage rendu entre les Etats-Unis et l'Egypte le 8 juin 1932 (R. 1934.706, *Revue de dr. international*, XI.760) a par contre décidé qu'un Etat tiers, l'Egypte, ne peut opposer à l'un des Etats dont la nationalité est en cause (les Etats-Unis) la prétention d'un autre Etat, la Perse en l'espèce. Cette solution serait à limiter aux rapports de droit international public entre les Etats; elle paraît néanmoins critiquable si le droit international public recherche précisément une répartition des individus objective, c'est-à-dire valable pour les Etats tiers. V. sur cette affaire la *Revue de dr. international*, XI, 70-132; Arminjon, J. 1933.785; Ancel, R. 1936.595; Niboyet note critique R. 1934.711.

(4) L'art. 2 de l'ordonnance maintient en vigueur quelques textes antérieurs qui sont de circonstance, ou particuliers à la Tunisie (L. 20 déc. 1923). Il faut y ajouter les traités internationaux (art. 11 à 16 C. Nat.). L'art. 13 de l'ordonnance prévoit la publication par les soins du Ministère de la Justice de l'ensemble des textes antérieurs, conventionnels, et particuliers aux colonies, protectorats et pays sous mandat.



d'application dans l'espace et dans le temps de la loi aujourd'hui en vigueur.

§ 1<sup>er</sup>. — EVOLUTION DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

84. **Origines de la législation française.** Le Code civil et les lois postérieures. — Le Code civil a contenu au siècle dernier la majeure partie de la législation française sur la nationalité (articles 9, 10, 12, 17 à 21). La naturalisation était réglée par la Constitution de l'An VIII (art. 3), qui fut vite remplacée par un décret du 17 mars 1809. On a vu la signification de cette répartition (n. 70).

Le système assez simple conçu en 1804 développait, conformément aux idées révolutionnaires, l'influence, apparue à la fin de l'ancien régime, du *jus sanguinis* au point d'éliminer à peu près complètement le *jus soli* (V. sur cette histoire et la législation révolutionnaire, Maury, *Rép.* n. 42 et s. et *infra* n. 91). L'article 10 déclare Français tout enfant de Français, même né à l'étranger. L'article 9 autorise l'individu né en France d'un étranger à réclamer la nationalité française dans l'année suivant sa majorité à condition de déclarer son intention de fixer son domicile en France ou, s'il n'y réussit pas, de « faire sa soumission » de l'y fixer et de l'y établir dans l'année de sa soumission. Ce texte représentait la seule influence, à l'époque, du *jus soli*.

Les lois postérieures n'ont cessé de le développer, et, d'une manière générale, d'élargir l'accès volontaire à la nationalité française\* comme son attribution d'office. La première réforme, caractéristique et grosse de toute l'évolution ultérieure, est celle de la loi des 7-11 février 1851 aux termes de laquelle est Français l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né sauf cependant faculté de répudiation. La loi du 29 juin 1867, après quelques essais en sens divers, fixe le droit de la naturalisation dans un sens éminemment favorable aux étrangers qui la sollicitent. Mais, si on passe sur la loi du 16 décembre 1874 aménageant la faculté de répudiation instituée en 1851, dans le sens d'ailleurs de son non usage, la phase marquante de l'évolution se trouve dans la réforme générale de 1889.

La loi du 26 juin 1889 réunit en un seul texte l'ensemble des règles sur la nationalité. L'unité ne fut cependant qu'imparfaite, car l'article 1<sup>er</sup> de la loi, modifiant plusieurs textes du Code civil, fut incorporé à ce dernier, tandis que les articles 2 à 6 lui restèrent étrangers; au fond, contemporaine de la grande loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée, elle accentua dans tous les domaines la tendance antérieure, abrogeant la faculté de répudiation de la loi de 1851, réduisant pour des cas favorables le délai de stage nécessaire à la naturalisation, maintenant sa nationalité à la Française qui épouse un étranger si la loi de ce dernier ne lui confère pas la sienne, supprimant la perte de la nationalité française par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour. Ce système, modifié sur des points d'importance inégale en 1893 et en 1909, se maintint jusqu'à la loi du 10 août 1927.

85. **La loi du 10 août 1927, et les textes ultérieurs.** — La loi du 10 août 1927 a achevé en la forme l'unité de la législation française sur



d'application dans l'espace et dans le temps de la loi aujourd'hui en vigueur.

§ 1<sup>er</sup>. — EVOLUTION DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

84. **Origines de la législation française.** Le Code civil et les lois postérieures. — Le Code civil a contenu au siècle dernier la majeure partie de la législation française sur la nationalité (articles 9, 10, 12, 17 à 21). La naturalisation était réglée par la Constitution de l'An VIII (art. 3), qui fut vite remplacée par un décret du 17 mars 1809. On a vu la signification de cette répartition (n. 70).

Le système assez simple conçu en 1804 développait, conformément aux idées révolutionnaires, l'influence, apparue à la fin de l'ancien régime, du *jus sanguinis* au point d'éliminer à peu près complètement le *jus soli* (V. sur cette histoire et la législation révolutionnaire, Maury, *Rép.* n. 42 et s. et *infra* n. 91). L'article 10 déclare Français tout enfant de Français, même né à l'étranger. L'article 9 autorise l'individu né en France d'un étranger à réclamer la nationalité française dans l'année suivant sa majorité à condition de déclarer son intention de fixer son domicile en France ou, s'il n'y réussit pas, de « faire sa soumission » de l'y fixer et de l'y établir dans l'année de sa soumission. Ce texte représentait la seule influence, à l'époque, du *jus soli*.

Les lois postérieures n'ont cessé de le développer, et, d'une manière générale, d'élargir l'accès volontaire à la nationalité française comme son attribution d'office. La première réforme, caractéristique et grosse de toute l'évolution ultérieure, est celle de la loi des 7-11 février 1851 aux termes de laquelle est Français l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né sauf cependant faculté de répudiation. La loi du 29 juin 1867, après quelques essais en sens divers, fixe le droit de la naturalisation dans un sens éminemment favorable aux étrangers qui la sollicitent. Mais, si on passe sur la loi du 16 décembre 1874 aménageant la faculté de répudiation instituée en 1851, dans le sens d'ailleurs de son non usage, la phase marquante de l'évolution se trouve dans la réforme générale de 1889.

La loi du 26 juin 1889 réunit en un seul texte l'ensemble des règles sur la nationalité. L'unité ne fut cependant qu'imparfaite, car l'article 1<sup>er</sup> de la loi, modifiant plusieurs textes du Code civil, fut incorporé à ce dernier, tandis que les articles 2 à 6 lui restèrent étrangers; au fond, contemporaine de la grande loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée, elle accentua dans tous les domaines la tendance antérieure, abrogeant la faculté de répudiation de la loi de 1851, réduisant pour des cas favorables le délai de stage nécessaire à la naturalisation, maintenant sa nationalité à la Française qui épouse un étranger si la loi de ce dernier ne lui confère pas la sienne, supprimant la perte de la nationalité française par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour. Ce système, modifié sur des points d'importance inégale en 1893 et en 1909, se maintint jusqu'à la loi du 10 août 1927.

85. **La loi du 10 août 1927, et les textes ultérieurs.** — La loi du 10 août 1927 a achevé en la forme l'unité de la législation française sur



la nationalité, l'incorporant en un texte unique et indépendant (1). Cette innovation s'explique par la difficulté matérielle de maintenir dans le Code civil des textes constamment grossis; l'idée d'y voir la consécration d'une évolution doctrinale sur la nature de la nationalité n'a été alléguée que postérieurement au cours des travaux préparatoires (V. Maury, *Rép.*, n. 171). Au fond la loi nouvelle a essentiellement encore développé la tendance antérieure à accroître le plus possible le nombre des Français, et ce notamment en ce qui concerne les familles fondées en France par les étrangers: elle maintient sa nationalité à la Française qui épouse un étranger et déclare Français les enfants légitimes nés en France d'une Française. Elle facilite encore la naturalisation en réduisant le stage de droit commun, en développant les réductions de stage et en dispensant même, dans certains cas, de tout stage.

Mais la loi exprime aussi une tendance nouvelle de méfiance à l'égard des étrangers naturalisés trop facilement: des naturalisés étaient passés à l'ennemi en 1914. Cette tendance qui, à côté de l'utilité d'une rédaction remaniée à la lumière de la jurisprudence intervenue depuis 1889, avait été à l'origine du projet de la loi pendant la guerre de 1914-1918, avait curieusement cédé, la paix revenue, au courant antérieur tendant à l'extension de la nationalité française. Et l'esprit de méfiance ne se manifesta guère, en 1927, en dehors de la réorganisation du service des naturalisations à la Chancellerie, que par l'institution, importante d'ailleurs dans sa nouveauté, de la déchéance de la nationalité française pour défaut de loyalisme.

Mais après 1927 cette tendance a réapparu et a pris la première place, atteignant même une véritable xénophobie. La loi du 19 juillet 1934 (remaniée dans le sens de l'aggravation par les lois du 28 août 1936, du 20 mai 1937, le décret du 12 nov. 1938) a accru la différenciation des naturalisés et des Français d'origine; le décret du 12 novembre 1938 a tenté d'éliminer les cas d'acquisition de la nationalité française sans contrôle du gouvernement, a étendu le domaine et accéléré la procédure de la déchéance pour défaut de loyalisme des Français de fraîche date; les lois postérieures à l'armistice de 1940 ont poursuivi ce mouvement, organisant la révision des naturalisations, et développant encore la déchéance pour défaut de loyalisme. Cette attitude s'est affirmée, sans égard aux cas d'apatridie qu'elle engendre, alors que le législateur de 1927 s'était expressément soucié, en élargissant les cas de perte de la nationalité française, de remédier aux éventualités de doubles nationalités.

**86. L'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française.** — La législation française sur la nationalité a fait l'objet finalement d'une véritable codification dans l'ordonnance du 19 octobre 1945 actuellement en vigueur. L'élaboration de cet instrument a trouvé sa cause occasionnelle dans le désir de remédier aux excès des textes précédents, et notamment du décret du 12 nov. 1938, dans le sens

(1) Il faut cependant mentionner comme à part de ses dispositions le décret du 27 avril 1848 et la loi du 28 mai 1858 sanctionnant par la perte de la nationalité française le trafic d'esclaves, quelques lois ou décrets de circonstances nés du temps de guerre, et naturellement les traités diplomatiques (V. le tableau donné par M. Niboyet, I, p. 146).



de la xénophobie : les mesures de déchéance de la nationalité française à l'encontre des nouveaux Français, les incapacités des naturalisés ont été atténuées. Mais l'ordonnance répond surtout au souci de codifier un droit devenu trop touffu, non seulement par le rassemblement des textes (1), mais aussi par la consécration, l'aménagement ou la modification de multiples solutions jurisprudentielles, et enfin par l'institution d'un droit de regard de la Chancellerie sur l'élaboration de la jurisprudence à venir (art. 135).

Au fond le nouveau Code, tout en apportant maintes précisions pratiques et utiles aux solutions antérieures, augmente à son tour les cas d'attribution ou d'acquisition de la nationalité française, notamment pour les enfants des Françaises nés à l'étranger (art. 18 et 19) et pour les étrangères épousant un Français (art. 37); il poursuit donc, dans des cas plus ou moins discutables d'ailleurs (v. n. 96 et 125), et malgré certaines réserves (v. art. 44), la ligne dominante de l'évolution législative française.

Mais il n'en reprend pas moins la ligne secondaire, inséparable au fond de la première, qui consiste à défendre la communauté française contre les dangers d'un élargissement continu de l'accès à notre nationalité : il rend plus sévères les conditions de la naturalisation, il consacre et complète le principe, appliqué fragmentairement par les textes précédents, du contrôle de l'administration sur toute acquisition de la nationalité française; il développe finalement, tout en réduisant les cas de déchéance, les causes de perte de la nationalité française.

Le développement simultané de ces tendances accroît le rôle de l'administration, ce qui explique l'affirmation, notamment dans l'exposé des motifs, que la matière ressort de plus en plus au droit public (V. Maury J. C. P. 1946.514; cf. Boulbès, S. 1945.5.201). Il en résulte, comme de l'ensemble des raisons d'être du nouveau code, un développement considérable des dispositions légales. Comme d'autre part on a heureusement cherché (v. Boulbès, *loc. cit.*) à éviter les textes longs et de contenu hétérogène, la loi actuelle comprend 137 articles alors que celle de 1927 en comptait 15. Mais ses auteurs ont remédié à cet inconvénient par une division méthodique et équilibrée en titres, chapitres et sections; le système facilite finalement les recherches et les citations. La loi nouvelle se présente au total comme le fruit d'un labeur considérable et solidement appuyé sur l'expérience, auquel il convient de rendre hommage, quelques réserves qu'appelle tel ou tel point particulier.

**87. Facteurs de cette évolution.** — En s'attachant presque exclusivement au *jus sanguinis* le Code civil exprimait une fierté nationale inspirée par la Révolution; en excluant tout *jus soli* impératif, il manifestait un respect de la volonté individuelle également d'origine révolutionnaire. Ces deux facteurs devaient céder du tout au tout au cours du XIX<sup>e</sup> siècle sous la pression inéluctable du fait brutal de la dénatalité, conjugué avec l'augmentation de population des pays voisins. V. les statistiques données par M. Lerebours-Pigeonnière, 3<sup>e</sup> éd., p. 58-61. L'introduction progressive du service militaire obligatoire, consommée en 1889, a vite fait

(1) V. *supra*, p. 86, note 4.



30 NATIONALITÉ

apparaître la nécessité de n'épargner aucun moyen valable de recruter des effectifs pour l'armée, et l'injustice qu'il y avait à laisser des étrangers bénéficier en permanence de la vie civile française sans participer à celle de ses charges qui devenait la plus lourde. D'autre part l'économie française, qui a pu très tôt absorber la main-d'œuvre étrangère, lui a fait appel selon une cadence accélérée au début de ce siècle, et surtout après la guerre de 1914-1918. Là encore les statistiques parlent. V. Niboyet, II, p. 63.

Or il est apparu que la constitution d'importantes minorités étrangères, surtout sous la forme de véritables colonies qu'elles affectent dans certains départements (Polonais du Nord et du Pas-de-Calais, Italiens du Sud-Est et du Sud-Ouest), représentait un danger incontestable pour l'unité nationale, surtout en cas de guerre. Là encore l'évidence s'est fait jour qu'il fallait « nationaliser » : c'est ce qu'exprime en 1925 le rapport du sénateur Lisbonne sur le projet qui devait aboutir en 1927, contrairement à la tendance de l'époque née de déconvenues du temps de guerre vers une restriction de l'accès à notre nationalité. Selon les termes heureux de l'instruction ministérielle du 13 août 1927 le législateur « a entendu, en présence d'un mouvement exceptionnellement important d'immigration protéger le pays contre la *crystallisation de noyaux étrangers* dans certaines régions de la France, noyaux qui seraient susceptibles de constituer un véritable péril pour la nation à certaines heures de son existence, notamment lors d'une mobilisation ».

Cette politique sacrifiait certes quelque peu la fierté nationale, en ne considérant plus la nationalité française comme un honneur réservé à ceux qui appartenaient héréditairement à la nation et que les étrangers devaient solliciter, mais en l'imposant comme une charge à des individus plus ou moins bien assimilés. Mais surtout cette politique sacrifiait délibérément la volonté individuelle. Par là elle a manifesté, sous la pression irrésistible des faits, que les règles légales ne sont pas conçues dans l'intérêt des individus, mais en vue de l'intérêt général.

Ce n'est pas à dire, bien entendu, que l'intérêt général ignore systématiquement les intérêts individuels, ni qu'il soit indifférent à l'assimilation des étrangers qu'il nationalise. C'est au contraire, sur ce second point, l'objectif même de la politique suivie dans l'intérêt du pays, que de nationaliser seulement les étrangers suffisamment assimilés, mais de les nationaliser tous. Quant aux volontés individuelles il a déjà été dit que l'attribution unilatérale de la nationalité par l'Etat ne peut pas ne pas en tenir compte, car elle constitue précisément un indice caractéristique d'assimilation. Mais la loi n'a pu s'y fier aveuglément car elle aurait trop souvent été négative dans un pays riche et hospitalier qui devait demander en compensation à ses nationaux un lourd effort militaire ; la loi connaît donc le système des options, mais le cantonne à des hypothèses définies.

Le recul frappant qu'a marqué dans les vingt dernières années cette politique générale d'assimilation tient à des causes plus discutables. L'opinion, émue de l'accroissement des difficultés politiques et sociales consécutif à la guerre et à la crise économique, inquiète des menaces pesant sur la situation internationale, a cru voir dans l'importance de l'immigration étrangère une des causes de nos maux, et le germe d'une désagrégation de la nation en temps de guerre. En fait la douloureuse expé-



THEORIE GENERALE

rience de la campagne de 1939-1940 ne paraît pas avoir décelé chez les naturalisés moins de vertus militaires ni même de simple fidélité patriotique que chez les Français d'origine. Et l'influence de l'immigration sur nos difficultés politiques et sociales prête à de faciles improvisations, mais se heurte au fait que l'immense majorité des immigrants nationalisés sont des travailleurs manuels généralement dépourvus d'influence politique.

En réalité il est trop facile de rejeter sur les étrangers la responsabilité de maux qui tiennent essentiellement à la difficulté des circonstances et aux défauts politiques, sinon moraux, des Français. Cette tendance a abouti à des mesures d'une rigueur qui a été jusqu'à l'absurdité et a dû être atténuée sur certains points, surtout dans la condition des étrangers en France. Le retour à l'esprit national, dont l'affaiblissement nous a fait perdre le bénéfice de la victoire de 1918, ne se trouve pas dans la voie stérile de la xénophobie, mais dans le dévouement positif de tous à l'intérêt commun. En matière de nationalité l'intérêt général reste, tant que la dénatalité subsiste, la nationalisation des étrangers suffisamment assimilés (1). Cette suffisance est affaire de sagacité et de mesure; elle doit ne pas perdre de vue les inconvénients d'une nationalisation précipitée, comme des conflits de nationalités, mais l'intérêt général ne se trouve pas à l'heure actuelle dans l'exagération de ce souci.

## § 2. — CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI SUR LA NATIONALITÉ.

**88. Champ d'application de la loi dans l'espace. Colonies et Protectorats.** — Le Code de la nationalité n'a été rendu applicable de plein droit, en dehors du territoire métropolitain, qu'aux « vieilles colonies » : l'Algérie, les Antilles et la Réunion (art. 6 C. Nat. et 11 de l'ordonnance de promulgation), comme ce fut le cas, d'ailleurs, antérieurement, des lois de 1889 et de 1927 (2). L'article 12 de l'ordonnance maintient en vigueur, à quelques exceptions près, les textes relatifs à la nationalité dans les territoires d'outre-mer. Il s'agit essentiellement du décret du 5 nov. 1928 (R. 1929.171), abrogeant le décret du 7 février 1897, et qui a étendu à l'ensemble des colonies la loi du 10 août 1927. V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Nationalité dans les colonies, protectorats et pays sous mandat*, par Audinet; et Audinet J. 1929.25. Mais il ne s'agit que des « colons » c'est-à-dire des Européens: la nationalité des indigènes reste soumise à une réglementation particulière. V. Audinet *loc. cit.*, Werner, *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français*, 1936.

Les protectorats, conservant une nationalité distincte de celle de la France, sont soumis à un régime particulier, à l'exception cependant des protectorats d'Extrême-Orient, la loi de 1927 s'étant appliquée à l'ensemble du gouvernement général de l'Indochine (V. le décret du 4 déc. 1930, R. 1931.203). Il existe dans les protectorats ordinaires de la Tunisie et du

(1) La circulaire du 13 août 1927 invitait légitimement le service des naturalisations à se préoccuper non pas seulement de la dignité personnelle des candidats ou du degré d'assimilation auquel ils sont parvenus mais des possibilités d'assimilation qu'ils offrent pour l'avenir.

(2) Le décret du 27 sept. 1946 y a ajouté la Guyane.



Maroc une législation de l'Etat protégé sur sa nationalité mais aussi une législation française sur l'acquisition de la nationalité française (1). C'est cette législation qui a provoqué le différend franco-anglais porté en 1923 devant la Cour permanente de justice internationale (2).

Il reste d'ailleurs à déterminer quels sont les faits qui déterminent si la loi métropolitaine ou la loi coloniale est applicable. Pour la nationalité d'origine il faut évidemment s'attacher au lieu de la naissance, puisque c'est cet événement qui la détermine, et pour la naturalisation au domicile puisque c'est la condition de fond essentielle; on se référera également au domicile, à défaut d'autre rattachement concevable, pour les effets du mariage et les cas de perte (3).

**§9. Champ d'application de la loi dans le temps.** — En dehors d'une disposition transitoire particulière (art. 6 de l'ordonnance de promulgation), les textes nouveaux contiennent deux règles (art. 3 et 4 C. Nat.) relatives au problème du champ d'application dans le temps des lois sur la nationalité.

Si on reprend la distinction heureusement développée par MM. Ripert et Boulanger (*Tr. élém. de dr. civil de Planiol*, I, n. 111) entre les lois sur l'objet des droits, et les lois relatives à leur source, on constate qu'il s'agit ici essentiellement, non de déterminer l'objet d'un droit, mais de définir sa source: de quels faits ou de quels actes résultent l'acquisition ou la perte de la qualité de Français? Par conséquent la loi applicable est celle du jour où soit le fait, soit l'acte invoqué sont intervenus. C'est le principe que consacrent les articles 3 et 4 C. Nat., le premier pour l'attribution de la nationalité française, le second pour l'acquisition et la perte de la nationalité française. La loi nouvelle s'applique donc aux naissances, aux décrets de naturalisation, aux décrets de perte de la nationalité française postérieurs à sa mise en vigueur.

Mais l'article 3 C. Nat. consacre un tempérament traditionnellement adopté par la Chancellerie (4), en vertu duquel la nationalité n'est réputée

(1) V. Winkler, *Essai sur la nationalité dans les protectorats*, Paris 1926; Decroux, *Essai sur la nationalité marocaine*, 1935; Ménard, *Droit international privé marocain*, I, 1935; Audinet, *Rép. de dr. int.*, v° cit.

(2) Le décret du 8 nov. 1921 avait déclaré Français les étrangers non indigènes nés en Tunisie ou au Maroc d'étrangers y étant eux-mêmes nés. Sur les protestations de l'Angleterre, la question fut portée devant la Cour de La Haye qui décida que la matière était de la compétence exclusive de la France. Dans un esprit de conciliation, une faculté d'option fut accordée aux intéressés en Tunisie par la loi du 20 décembre 1923. V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Cour permanente de justice internationale*, n. 207.

(3) Pour la nationalité résultant d'une double naissance en France du parent et de l'enfant (art. 23 et 24 C. Nat.) le Code de la nationalité a spécifié, conformément à la pratique administrative (R. Boulbès, S. 1946.5.201) que les art. 23 et 24 sont applicables à l'enfant né en France d'un parent né aux colonies. C'est dire que le fait déterminatif de la mise en œuvre de la loi est la naissance de l'intéressé et on ne saurait que l'approuver. Il en résulte que l'hypothèse inverse de la naissance aux colonies, le parent étant né en France, n'ouvre pas l'application de la loi métropolitaine. Pour l'attribution de la nationalité française en raison de la naissance et de la résidence en France (art. 44 et 52) les deux événements sont exigés en France mais la résidence peut avoir été établie avant la majorité aux colonies, dans les protectorats ou les pays sous mandat; cette distinction paraît bien souligner l'influence primordiale du lieu de naissance.

(4) V. sur le problème antérieur aux textes nouveaux, notamment Maury, *Rép.*, n. 285 et s., et la discussion; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, 2° éd. t. II, avec le concours de H. Batiffol, n. 42. Sur l'application dans le temps de l'art. 44, v. Loisel, G. P. 9 avril 1946.



définitivement fixée qu'à la majorité; par suite la loi nouvelle s'applique, quant à l'attribution de la nationalité d'origine, aux naissances antérieures de moins de 21 ans à sa promulgation. Le silence de l'article 4 doit, par contre, être interprété dans le sens de l'exclusion de la pratique antérieure pour l'acquisition et la perte de la nationalité française (V. R. Boulbès, S. 1946.5.201). Il est permis d'estimer que le désir de voir effectives le plus tôt possible les lois nouvelles justifie mal une dérogation au principe de la non rétroactivité des lois. L'idée que l'éventualité de reconnaissances d'enfant naturel ou d'options à la majorité permet de considérer la nationalité comme n'étant fixée qu'à cette date, tire une conséquence excessive d'une observation juste. L'article 3 réserve assurément la validité des actes passés par celui qui subit la rétroactivité et les « droits acquis par des tiers sur le fondement des lois antérieures ». Mais ses dispositions, comme celles de l'article 4 d'ailleurs, sont déclarés interprétatives du droit antérieur.

La loi sur la nationalité règle aussi une situation légale, celle du naturalisé, c'est-à-dire détermine *l'objet de ses droits*. A ce point de vue le principe est que toute loi nouvelle s'applique aux situations antérieurement existantes: le législateur peut à tout instant modifier les effets du mariage ou les prérogatives de la propriété. C'est aussi ce qui a été admis pour les lois qui ont aggravé dans ces dernières années les incapacités frappant les naturalisés: elles ont été appliquées aux bénéficiaires de naturalisations antérieures (n. 122). Les dispositions bienveillantes en sens inverse qui ont été prises sur certains points confirment la solution qu'il est curieux de ne pas voir consacrée par le Code de la nationalité.

**90. Cadres de la loi. Division.** — Après un titre préliminaire consacré à des dispositions générales et un titre premier relatif aux accords internationaux, l'objet essentiel de la codification se répartit en trois titres concernant respectivement: 1° « l'attribution de la nationalité française à titre de nationalité d'origine » (titre II), 2° « l'acquisition de la nationalité française » (titre III), 3° « la perte et la déchéance de la nationalité française » (titre IV). Viennent ensuite un titre V sur les règles de forme et un titre VI sur le contentieux.

Le présent ouvrage étudiera dans un premier chapitre l'attribution de la nationalité française à raison de l'origine, le suivant étant consacré à l'acquisition et à la perte ultérieures de la nationalité française et le dernier à la preuve et au contentieux de la nationalité. Cette division exprime le fait que les règles sur la nationalité originaire s'appliquent seules à l'immense majorité des Français, qui le sont d'origine et le restent, l'acquisition et la perte ultérieures de notre nationalité constituant statistiquement des accidents. Elle a par ailleurs l'avantage de permettre d'étudier d'ensemble les effets du mariage sur la nationalité qui consistent, suivant le cas, dans son acquisition ou sa perte. Les règles relatives aux accords internationaux ont été vues précédemment (n. 74 et s.); les règles de forme seront étudiées avec le fond.



## CHAPITRE II

### Attribution de la nationalité française à raison de l'origine

91. **Notions historiques. Les systèmes en présence.** — La très grande majorité des individus ont une nationalité à leur naissance et n'en changent plus; il n'y a en effet aucun problème pour tous ceux qu'attachent à un même pays les deux facteurs dont on peut concevoir l'influence originaire: la filiation et le lieu de naissance. Le problème apparaît quand ces éléments donnent des indications divergentes, et il importe alors de choisir, puisqu'on admet que tout individu doit en principe avoir une nationalité et une seule.

L'antiquité semble avoir nettement pris parti pour la *filiation*: la cité étant un groupe de familles, et non d'individus, lui appartient celui qui est membre d'une de ces familles (1). Au Moyen Age le lien établi par le système féodal entre la hiérarchie des personnes et celle des terres conduit à considérer au contraire le *lieu de naissance*, *jus soli* (2), mais à la fin de l'ancien droit et probablement dès le XVII<sup>e</sup> siècle (v. Weiss, I, p. 43) le *jus sanguinis* réapparaît à côté du *jus soli*. Bien que « la seule naissance dans le royaume donne des droits de nationalité indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure » (Pothier, *Traité des personnes*, I<sup>re</sup> partie, titre II, sect. I, n. 45), les enfants nés à l'étranger d'un père français (ou d'une Française s'ils sont illégitimes) sont français pourvu que leur père ou leur mère ait conservé l'esprit de retour (Pothier, *ibid.* n. 43). La même solution se constate en Angleterre (3).

Bien que les lois révolutionnaires aient d'abord suivi l'ancien droit pour pencher ensuite vers le *jus soli*, peut-être en haine des émigrés (Maury, n. 44 et les références), il faut sans doute attribuer à l'exaltation révolutionnaire du sentiment national le triomphe final dans le Code

(1) V. de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, p. 5 et s.; Weiss, I, p. 34 et s. Girard, *Manuel élém. de dr. romain*, 8<sup>e</sup> éd. par Senn, p. 117; cf. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, p. 143 et s.

(2) « Tout homme qui n'est né dedans le royaume, écrit Baquet au XVI<sup>e</sup> siècle... est appelé aubain... Les vrais et naturels Français sont ceux qui sont nés dedans le royaume » (*Traité du droit d'aubaine*, I<sup>re</sup> partie, ch. 2, n. 1 et 2). V. aussi Declareuil, *Histoire générale du droit français*, 1925, p. 199; Brissaud, *Histoire du droit français*, II, p. 1755; Kiéfé, *L'allégeance*, in *La Nationalité dans la science sociale et le droit contemporain*, p. 47. Même pour une période ultérieure on a pu considérer que « ce qui constitue le Français... c'est le désir qu'il témoigne d'obéir au roi de France » (Vanel, *Évolution historique de la notion de Français d'origine du XVI<sup>e</sup> siècle au Code civil*, thèse Paris, 1944, p. 86-87).

(3) V. pour l'ensemble de cet historique l'exposé si documenté de M. Maury, *Rép.* n. 43; et l'excellente thèse précitée de Vanel, qui considère même que le *jus sanguinis* existait dès le XVI<sup>e</sup> siècle, et a dû être connu au Moyen Age. Le régime doit être né en France de parents français. Par la suite les deux conditions ont été disjointes pour augmenter le nombre des Français. Sur l'influence des considérations successorales à ce sujet, v. Vanel, *R.* 1946.220.



civil du *jus sanguinis* (1) : la nationalité française ne saurait résulter du fait accidentel et extérieur du lieu de naissance, elle touche à la nature profonde de l'homme telle que celle-ci résulte de l'hérédité. Sont Français les enfants de Français.

On a vu sous l'influence de quels facteurs le *jus soli* a réapparu au XIX<sup>e</sup> siècle (n. 87). Cette histoire récente permet de considérer que ni l'un ni l'autre des deux systèmes en présence ne s'impose à titre exclusif. L'hérédité est légitimement mise à la base de l'attribution de la nationalité, si on cherche autant que possible à consacrer en droit la nationalité de fait, et si celle-ci est comprise comme constituant une véritable « forme » de la nature humaine (n. 59). Sans admettre pour autant que la nationalité corresponde purement et simplement à une race, il faut convenir que l'hérédité joue un rôle primordial dans la constitution de la mentalité. Mais, bien plus, le second facteur de cette formation mentale est l'éducation : or la famille y joue le rôle principal. (V. spécialement sur ce dernier point, A. de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, 1893).

Seulement l'influence du milieu n'est pas niable non plus dans l'éducation, et peut devenir prépondérante si la famille s'y prête ou ne joue pas son rôle ; elle le deviendra nécessairement si le fils d'étranger fixe son séjour dans le pays où il est né. Mais l'Etat ne saurait toujours attendre que les intéressés constatent eux-mêmes la transformation de leur propre mentalité, car ils peuvent trouver avantageux de s'y refuser. Un pays d'immigration a un intérêt évident à dissoudre les noyaux étrangers en formation sur son territoire, et l'attribution de la nationalité de droit, si elle n'est pas trop prématurée, est un des facteurs qui contribuent à former psychologiquement la nationalité de fait : l'assimilation légale aux nationaux accélère l'assimilation de fait si celle-ci est suffisamment avancée.

Dans ces conditions il appartient à chaque Etat de combiner le *jus sanguinis* et le *jus soli* en fonction de sa situation démographique et des conséquences qui en découlent pour le bien commun, âme de la législation (2). De fait le droit comparé enseigne que la grande majorité des Etats conjuguent, selon des modalités variées, les deux principes (3). Ces modalités expriment des présomptions d'assimilation, mais qui n'admettent pas la preuve contraire, étant donnée la portée de la matière qui doit la soustraire à toute incertitude, et étant donné aussi que ces présomptions ont une tendance consciente dans les pays d'immigration à « devancer » la réalité.

(1) V. dans Maury, n. 44, les hésitations des travaux préparatoires : le premier projet de Code civil adopte le *jus sanguinis*. Le Conseil d'Etat lui juxtapose le *jus soli* sous l'influence de Bonaparte soucieux des besoins militaires. Mais le Tribunat y vit un vestige de la féodalité et assura la prépondérance quasi totale du *jus sanguinis*.

(2) Et on sait que le bien commun national passe facilement ici avant le bien commun international, n. 25). V. pour une conclusion, beaucoup plus individualiste, P. de Lapradelle, *De la nationalité d'origine* in *La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 209.

(3) D'après le tableau de Harvard Law School, en 1929 17 Etats se fondaient exclusivement sur la filiation, 25 lui maintenaient la prépondérance tout en donnant effet au lieu de naissance, 27 penchaient pour la prépondérance inverse. V. P. de Lapradelle, *op. cit.*, p. 209-222.



92. **Division.** — On étudiera successivement la nationalité d'origine, c'est-à-dire celle qui date de la naissance, puis l'attribution de la nationalité française *en raison* de la naissance: celui qui est né en France d'étrangers nés à l'étranger *devient* Français à sa majorité s'il réside depuis cinq ans en France (art. 44, C. Nat.). Bien que cette attribution ne rétroagisse pas, il y a avantage à la rapprocher de la nationalité d'origine parce qu'elle en est, comme on le verra, le complément rationnel et peut donc légitimement être englobée sous le vocable plus large de « nationalité attribuée à raison de l'origine ». D'autre part l'étiquette de « nationalité par l'effet de la loi », qu'on emploie souvent à son sujet, est trop vague, car elle pourrait s'appliquer à toutes les règles légales. Quant à la qualification de « naturalisation par l'effet de la loi », elle se heurte à ce que par définition la naturalisation, ouverte à tout étranger même n'ayant aucun lien d'origine avec la France, *doit être sollicitée* (et peut être discrétionnairement refusée), ce qui n'est pas le cas pour l'article 44; enfin le naturalisé est frappé de diverses incapacités, alors que le bénéficiaire de l'article 44 est traité comme un Français d'origine.

Sans doute le Code de la nationalité, étant divisé en chapitres, a classé la règle de l'article 44 parmi les modes d'acquisition de la nationalité française, mais ce classement ne lie pas l'interprète qui reste libre de qualifier les institutions d'après ce qui paraît leur nature propre. Or il s'agit ici de l'attribution légale de la nationalité française en raison de la naissance, complément rationnel des règles sur la nationalité d'origine, et sans rapport avec l'acquisition ultérieure de notre nationalité par les actes juridiques de la naturalisation et du mariage (1). On le vérifiera d'ailleurs à la communauté de régime, notamment sur les options.

### Section I

#### Nationalité d'origine.

93. **Distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Rôle de l'adoption.** — Malgré l'influence croissante du *jus soli*, le système français de nationalité d'origine reste encore aujourd'hui bâti sur la filiation, laquelle doit toujours être recherchée pour qu'on puisse au moins discriminer si elle est attributive de nationalité, ou s'il faut se référer au lieu de naissance. L'influence du lieu de naissance lui-même dépend au surplus de la filiation: la naissance en France donne la nationalité française à celui *dont le père* est lui-même né en France (art. 23-1° C. Nat.). Dans ces conditions, il importe de distinguer entre la filiation légitime et la filiation naturelle; la seconde fréquemment n'est pas établie, ou ne l'est qu'à l'égard d'un seul des parents, et on ne peut assimiler purement et simplement les père et mère naturels aux parents légitimes quant à leur influence respective sur la formation de la mentalité de l'enfant.

(1) V. aussi *supra* p. 92, note 3, une règle caractéristique de ce que le fait déterminatif de l'application de la règle est essentiellement la naissance en France.



L'adoption n'entraîne pas, par elle-même, de changement de nationalité (art. 36 C. Nat.; v. antérieurement, et depuis la loi du 19 juin 1923, l'art. 345 C. Civ.); mais elle permet, quand elle émane d'un Français, de réclamer la nationalité française conformément à l'article 52 du Code de la nationalité (art. 55 C. Nat., cf. art. 106, D. 29 juil. 1939) (1), et elle facilite la naturalisation (art. 64-6° C. Nat.). Mais l'institution récente de la *légitimation adoptive*, rapprochant encore la filiation adoptive de la filiation du sang, a eu son écho dans le droit de la nationalité: aux termes de l'art. 35 C. Nat. le bénéficiaire d'une légitimation adoptive « acquiert la nationalité française si son père adoptif est français ». Il s'agit évidemment d'une acquisition pour l'avenir, la légitimation adoptive n'opérant elle-même que pour l'avenir, comme toute adoption. La règle est conforme à l'esprit de la légitimation adoptive, et paraît heureuse. C'est plutôt le défaut d'influence de l'adoption ordinaire sur la nationalité qu'on pourrait mettre en question puisque l'intention de la loi, même pour l'adopté ordinaire, est de lui donner en principe la situation de l'enfant légitime. (Cf. aussi l'art. 32-4°, *infra* n. 108).

### § 1<sup>er</sup>. — FILIATION LÉGITIME.

94. **Economie de la loi.** — La loi distingue quatre cas:

1° L'enfant est né d'un *père français*: il est Français définitivement, et sans conditions, qu'il soit né en France ou à l'étranger (art. 17-1° C. Nat.): c'est l'application pure et simple du *jus sanguinis*.

2° L'enfant est né d'une *mère française*: il est Français définitivement, mais sous la condition qu'il soit *né en France* (art. 19-1°) ou que son père soit de nationalité inconnue (art. 18-1°); s'il est né à l'étranger, son père étant de nationalité connue, il n'est Français que sauf la faculté de répudier la nationalité française dans les six mois précédant sa majorité (art. 19-1°). Il y a influence conjuguée du *jus sanguinis* et du *jus soli*.

3° L'enfant est né d'un *père étranger*: il est Français définitivement à la double condition qu'il soit *né en France* et que *le père y soit lui-même né* (art. 23-1°): le *jus soli* intervient ici seul, la filiation n'entrant en jeu que pour assurer son effet.

4° L'enfant est né d'une *mère étrangère*: il est Français s'il est né en France et si la mère y est elle-même née, *mais il peut dans les six mois précédant sa majorité répudier notre nationalité* (art. 24-1°). L'influence du lieu de naissance est considérée ici comme relative.

On examinera successivement ces quatre cas, en observant qu'il s'agit de *règles de fond*: peu importe donc que la preuve des conditions qui les constituent soit apportée tardivement ou non, ainsi qu'en dispose aujourd'hui l'article 26 C. Nat., la loi s'attache à la réalité, non aux apparences (v. *infra* n. 95; cf. au contraire pour les enfants naturels n. 101). Néanmoins l'article 26 réserve la validité des actes passés par

(1) L'art. 55, al. 2 étend la règle à « l'enfant confié depuis cinq années au moins au service de l'assistance à l'enfance » et à « celui qui, ayant été recueilli en France y a été élevé par une personne de nationalité française ou par un étranger ayant eu en France depuis au moins cinq années sa résidence habituelle ».



l'« intéressé » et les « droits acquis à des tiers sur le fondement de la nationalité apparente ». On observera aussi que la preuve de la filiation doit être apportée selon la loi française pour que la nationalité française soit reconnue : ainsi en dispose aujourd'hui l'article 27 C. Nat., consacrant la jurisprudence antérieure par dérogation aux règles ordinaires de conflits de lois (n. 391).

**95. 1<sup>er</sup> Cas. Enfant né d'un père français (art. 17, C. Nat.). Influence exclusive du *jus sanguinis*.** — Aux termes de l'article 17, C. Nat. « est Français : 1° L'enfant légitime né d'un père français ». On se rappelle que cette application du *jus sanguinis* remonte à 1804 (art. 10 C. Civ., puis en 1889 art. 8-1°, puis art. 1<sup>er</sup>-1° L. 10 août 1927).

L'influence déterminante ainsi attribuée à la nationalité du père tient évidemment à sa qualité, explicitement reconnue aujourd'hui par la loi, de chef de famille ; elle implique que l'hérédité ne joue pas seule, sans quoi il n'y aurait pas de raison d'attacher plus de conséquences à la nationalité du père qu'à celle de la mère ; c'est donc que la loi considère comme prépondérante l'influence du père dans la formation de la mentalité par l'éducation.

On en déduira que si le père change de nationalité entre la conception et la naissance, c'est la nouvelle nationalité qui sera légitimement prise en considération. Cette solution a été adoptée, malgré les objections qu'on lui opposait en n'envisageant que l'hérédité, par la Cour de cassation de Belgique (18 avril 1887, D. P. 89.2.9, S. 88.4.25) et par la Chancellerie ; elle est approuvée aujourd'hui par l'ensemble des auteurs (1). Pratiquement d'ailleurs la date de la conception est toujours plus ou moins incertaine.

Cette prépondérance de la nationalité du père doit être maintenue en cas de divorce entre la conception et la naissance, même si la garde de l'enfant est confiée à la mère. Il est difficile en effet d'ajouter au texte qui ne distingue pas et il ne faut pas oublier que la réglementation de la garde n'est jamais que provisoire (2).

On la maintiendra aussi en cas de décès du père avant la naissance, parce que l'enfant posthume est tout de même né d'un père français et tombe donc sous le coup du texte qui ne distingue pas. Le recours à l'esprit de la loi, envisageant l'influence éducative, a pu autoriser l'adaptation de la règle en préférant la nationalité du père à la date de la naissance, il ne permet pas, semble-t-il, sa négation contre ses termes exprès (3).

(1) V. pour la Chancellerie, Stemler, J. 1890.388 ; Cluzel, *La jurisprudence de la Chancellerie en matière de nationalité*, J. 1908.397 ; pour les auteurs, Weiss, I, p. 61 ; de Lapradelle, *La nationalité d'origine*, p. 183 ; Audinet, n. 114 ; Niboyet, I, n. 149 bis ; Aubry et Rau, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, I, § 69, note 3 bis ; Louis-Lucas, *La Nationalité française*, p. 34 ; Maury, *Rép.* n. 204 ; Lerebours-Pigeonnière, n. 61. V. contra les auteurs cités par Weiss dans l'*Annuaire de législation française* publié par la Société de Législation comparée, 1890.122.

(2) Dans le sens de cette solution, Maury, *Rép.* n. 198 ; Lerebours-Pigeonnière, n. 61, qui observe justement que l'enfant conserve le nom de son père quelle que soit la décision sur la garde.

(3) En ce sens Lerebours-Pigeonnière, n. 61. V. cependant pour la nationalité de la mère, Niboyet, I, n. 150 ; Maury, *Rép.* n. 206. Sur les rapprochements de textes invoqués à l'appui de cette solution, v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., II, avec le concours de H. Batiffol, n. 37.



Enfin si la nationalité du père n'est établie qu'après la naissance sa démonstration agira rétroactivement puisque la loi s'attache à la nationalité réelle du père. C'est ce que décide aujourd'hui, consacrant l'opinion traditionnelle, l'article 26 C. Nat., tout en réservant d'ailleurs les actes passés par l'intéressé et les droits des tiers. Et peu importe la tardivité de cette preuve: la loi ne retenait pour la filiation naturelle que la preuve apportée pendant la minorité de l'intéressé (art. 29 C. Nat.; cf. art. 1<sup>er</sup>-4<sup>o</sup> L. 1927), maintient évidemment le droit commun pour la filiation légitime. Dans le sens de cette solution Lerebours-Pigonnère, n. 61; *Contra* avant le Code de la Nationalité, Niboyet, I, n. 177. Ces règles sont d'ailleurs valables pour l'ensemble des cas de nationalité d'origine (V. art. 26 C. Nat.).

La règle de l'article 17 C. Nat. aboutit à perpétuer la nationalité française *in infinitum* chez les descendants de Français émigrés à l'étranger, à l'encontre dira-t-on, de leur nationalité effective. Aussi certaines législations exigent-elles que le descendant de l'émigré manifeste, par des séjours dans sa patrie d'origine, sa volonté de lui rester attaché. La loi française a toujours pallié cet inconvénient par la perte de la nationalité française en cas d'acquisition d'une nationalité étrangère (art. 87 C. Nat.). Le Code de la nationalité a, de plus, ressuscité sous une forme nouvelle, la perte de la nationalité française par l'émigration à l'étranger sans esprit de retour, abrogée en 1889 (art. 95, n. 132).

96. 2<sup>o</sup> cas. **Enfant né d'une mère française** (art. 18 et 19, C. Nat.). **Combinaison du *jus sanguinis* et du *jus soli*.** — L'ascendance légitime maternelle n'a longtemps eu aucune influence, au moins directe (v. *infra* n. 98), sur la nationalité: la prépondérance du père, encore marquée aujourd'hui par l'article 17-1<sup>o</sup> C. Nat., était exclusive. Mais la loi de 1927 entama cet exclusivisme en déclarant Français l'enfant légitime, né en France, d'une Française (art. 1<sup>er</sup>-3<sup>o</sup>). Cette disposition était une des innovations principales de cette loi. Elle se liait à l'autre nouveauté importante de la réforme, qui a consisté dans le maintien de sa nationalité à la Française épousant un étranger: le législateur a eu en vue les nombreux foyers fondés en France par des immigrés ayant épousé une Française, et a voulu consacrer en droit la nationalité française de fait de la femme et des enfants, la première comme les seconds ayant été, dans la plupart des cas, élevés en France et étant destinés à y faire souche. La valeur de cette réforme sera examinée à propos de l'effet du mariage sur la nationalité où on pourra l'apprécier dans son ensemble (n. 124).

Quoi qu'il en soit, la règle, maintenue par le Code de la nationalité (art. 19-1<sup>o</sup>) réalise une combinaison du *jus sanguinis* et du *jus soli*: l'influence de l'hérédité et de l'éducation maternelle n'est retenue que si la naissance a lieu en France (1). Cette circonstance fait présumer que

(1) Le Code de la nationalité classe cependant la règle parmi les applications exclusives du *jus soli*. Et on en a déduit (R. Boulbès, S. 1946.5.201), la justification de la loi nouvelle qui applique l'article 19 aux enfants des agents diplomatiques et consuls de carrière. Pourtant la nationalité française de l'enfant d'une Française n'est définitive que s'il est né en France: l'influence du *jus soli* n'est donc pas complètement éliminée. Le décret du 12 novembre 1938, pourtant peu favorable aux



100 NATIONALITÉ

l'enfant sera élevé en France, et que l'influence de la mère, se conjuguant avec celle du milieu, prévaudra sur celle du père, supposé évidemment étranger puisque, s'il était Français, l'enfant le serait en vertu de l'article 17-1°.

Le Code de la nationalité, maintenant ainsi la règle antérieure, va plus loin. Il attribue aussi notre nationalité, *mais sans la condition de naissance en France*, à l'enfant légitime d'une Française et d'un père de nationalité inconnue (ou sans nationalité, art. 18-1°). Cette solution, qui est très défendable puisque la nationalité de la mère est la seule que les parents puissent transmettre, manifeste la persistance du souci d'accroître le nombre des Français (1).

Mais le Code de la nationalité décide aussi que l'enfant légitime d'une Française et d'un étranger de nationalité connue est Français *même s'il est né à l'étranger*, sauf cependant la faculté de répudier notre nationalité dans les six mois précédant sa majorité. L'exposé des motifs invoque à l'appui de cette innovation l'exemple du droit comparé, la situation des Françaises ayant épousé un étranger et revenues en France après abandon par leur mari ou divorce, enfin l'intérêt national à accroître le nombre des Français.

Mais l'exemple du droit comparé ne dispense pas de s'interroger sur la valeur de la règle. Or les cas, invoqués de retour en France après abandon ou divorce sont, malgré tout, exceptionnels, et les intéressées conservaient avant 1945 la faculté de solliciter une naturalisation qui leur était expressément facilitée (art. 6-3°, L. 1927) ce qui rend quelque peu tendancieuse la nuance d'apitoiement de l'exposé des motifs sur les aléas de cette éventualité. Et dans le cas normal il semble d'évidence que les enfants élevés à l'étranger avec une ascendance étrangère sont étrangers de fait exactement pour les raisons, qui nous conduisent à déclarer Français les enfants élevés en France avec une ascendance française, et même *a fortiori* puisqu'il s'agit pour les premiers d'une ascendance paternelle. La loi nouvelle s'en avise bien en réservant une faculté de répudiation; mais il n'en résultera pas moins des conflits de nationalités pendant la minorité, et même au delà si la faculté d'opter est ignorée ou perdue de vue, ce qui ne sera pas rare, surtout à l'étranger.

L'exposé des motifs reconnaît que la règle est génératrice de conflits, mais il s'en remet aux accords internationaux du soin d'y remédier. C'est éluder la question, car les accords internationaux, toujours difficiles en eux-mêmes, ne peuvent être pratiquement envisagés que si chaque législateur, au préalable, fait l'effort et donne l'exemple d'adopter des règles aussi objectives que possible, c'est-à-dire n'attribuant sa nationalité en droit que quand elle existe assez sûrement en fait: même avec ce point de

étrangers, avait estimé courttois d'étendre à ce cas l'exemption diplomatique et consulaire du *jus soli*, la loi de 1927 ne l'ayant institué que dans ses articles 2 et 4. Un certain nombre de pays, principalement sud-américains, attribuent leur nationalité *a matre* sans combinaison avec le *jus soli*; v. Loisel, G. P. 9 avril 1946.

(1) Le cas s'était présenté avant la réforme et avait dû être résolu par le refus de la nationalité française: Aix 24 févr. 1938, R. 1938.452, note Ancel. Si on vient ultérieurement à établir la nationalité du père, il faudra, semble-t-il, en revenir au droit commun qui détermine la nationalité d'après la réalité et non l'apparence. L'intéressé acquerra donc la faculté de répudiation s'il est né à l'étranger (art. 19-1°). Mais si la preuve est faite après sa majorité, elle sera sans conséquence parce que le délai d'option sera expiré.



départ les difficultés d'accord international ne manquent pas! V. en ce sens Louis-Lucas, R. 1946.40.

En réalité, comme l'exposé des motifs l'indique presque incidemment, on a voulu récolter quelques Français de plus. Le rendement certainement infime de cette mesure aurait dû la faire abandonner en présence de son désaccord avec la réalité, avec les intérêts individuels et ceux de l'ordre international. L'intérêt national lui-même ne sera guère servi par les quelques soldats, de qualité peut-être médiocre, qu'on aura recrutés. V. dans un sens également critique, Maury, J. C. P. 1946.514, n. 11.

97. 3<sup>o</sup> cas. **Enfant né en France d'un père étranger qui lui-même y est né (art. 23 C. Nat.). Influence exclusive du *jus soli*.** — Aux termes de l'article 23-1<sup>o</sup> C. Nat. est Français « l'enfant légitime né en France d'un père étranger qui y est lui-même né ». Cette disposition, introduisant dans notre droit une nationalité d'origine par la vertu exclusive du *jus soli* remonte à la loi du 7 février 1851. La double naissance en France du père et de l'enfant est présumée signifier que le grand-père a déjà vécu en France, que le père y a reçu son éducation et y a vécu, que l'enfant y sera vraisemblablement élevé et y vivra: l'assimilation est donc suffisante pour justifier l'attribution de la nationalité française. (V. en ce sens le rapport de M. Dubost à la Chambre sur la loi de 1889, p. 579, col. 3, cité par M. Niboyet, I, p. 231).

Il est sans doute possible que la double naissance en France soit le résultat d'un pur hasard; de fait la loi de 1851, tenant compte de cette éventualité, et pour ménager les transitions, réservait à l'intéressé la faculté de répudier notre nationalité à sa majorité. Cette faculté, déjà restreinte en 1874 (1), fut supprimée par la loi du 26 juin 1889 (art. 8-3<sup>o</sup>, al. 1<sup>er</sup> C. Civ.): l'expérience avait apparemment montré que la présomption était en fait fondée. Le maintien de la règle en 1927 (art. 1<sup>er</sup>-2<sup>o</sup> L. 1927) n'a soulevé aucune objection, pas plus qu'en 1945; la loi nouvelle ajoute seulement (art. 25) qu'elle est applicable à l'enfant né en France d'un père né aux colonies. (Sur la portée de cette disposition, v. *supra* p. 92 note 3).

La présomption est cependant controuvée, et écartée par la loi (art. 33 C. Nat.), en vertu aussi d'une idée traditionnelle et légitime de courtoisie, pour les enfants des agents diplomatiques et des consuls de carrière (2), qui pourront cependant réclamer la nationalité française conformément à l'article 52 C. Nat.

Mais en dehors de ce cas il n'est pas permis de prouver, à l'encontre de la présomption, que la double naissance en France ne correspond pas à un établissement permanent du père en France, car la loi a

(1) La loi du 16 déc. 1874 la subordonna à la preuve de la conservation d'une nationalité étrangère, et permit au mineur d'y renoncer.

(2) On peut aussi signaler que le nombre des Belges réfugiés en France pendant la guerre de 1914-1918, de manière évidemment accidentelle, a fait juger opportun de ressusciter (L. 18 oct. 1915), en faveur de leurs enfants tombant sous l'application de notre règle, la faculté de répudiation. Elle devait être exercée par le représentant des mineurs dans l'année de la cessation des hostilités, délai qui fut prorogé par la Convention franco-belge du 24 janvier 1921.



établi un système précisément destiné à éliminer les incertitudes que cette preuve soulèverait. Et on verra que notre disposition a l'avantage précieux de permettre, par sa simplicité, la seule preuve décisive, même pour les Français *jure sanguinis*, de la nationalité d'origine (n. 152). Ceux dont elle méconnaît la nationalité effective auront recours aux règles sur la perte de la nationalité française (art. 87 et 91 C. Nat.): leur nombre paraît en fait assez infime pour que la règle, consacrée à nouveau par l'article 23, ne soit plus discutée aujourd'hui (1).

98. 4<sup>e</sup> cas. Enfant né en France d'une mère étrangère qui elle-même y est née (art. 24 C. Nat.). Influence relative du *jus soli* limitée par la faculté de répudiation. — En vertu de l'article 24-1<sup>o</sup> du Code de la nationalité « l'enfant légitime né en France d'une étrangère qui y est elle-même née » est Français, *mais il peut répudier cette qualité dans les six mois précédant sa majorité*. L'origine de cette règle est la suivante. La loi du 7 février 1851 déclarait Français, sauf faculté de répudiation, tout enfant né en France d'« un étranger » qui lui-même y était né. Ces termes s'appliquaient-ils à la mère étrangère seule née en France? La question ne paraît pas s'être posée avant 1889 (Pillet, note au S. 92.1.81), sans doute parce que la faculté de répudiation éliminait pratiquement le problème. Mais cette faculté ayant disparu en 1889, la Cour de cassation fut appelée à se prononcer, et trancha la question par l'affirmative, le texte ne distinguant pas (Req. 7 déc. 1891, S. 92.1.81, note Pillet). Sur les protestations diplomatiques soulevées par cette décision, la loi du 22 juillet 1893 rétablit la faculté de répudiation pour le cas où la mère seule, et non le père, est née en France. Le système est passé tel quel dans la loi de 1927 (art. 2), puis dans le Code de la nationalité (art. 24).

Il se justifie par la considération que la double naissance en France présume aussi bien l'établissement permanent quand il s'agit de la mère que du père. La prépondérance légitime du père dans l'éducation est suffisamment respectée par la faculté de répudiation, mais l'influence du milieu et celle de la mère paraissent cependant assez fortes pour justifier même l'organisation d'une *renonciation* à la faculté de répudiation (2).

La règle est bien entendu écartée, comme celle de l'article 23, pour les enfants des agents diplomatiques et des consuls de carrière. Comme pour l'article 23 la naissance de la mère aux colonies est assimilée à la naissance en France.

La répudiation et la renonciation à la faculté de répudier seront étudiées ultérieurement avec l'ensemble des options en matière de nationalité.

(1) Il faut cependant relever, du point de vue international, que c'est une règle de même teneur qui a provoqué, pour la Tunisie, les protestations anglaises dont a été saisie la Cour de La Haye, et à la suite desquelles nous avons reconnu aux intéressés une faculté d'option. L'incident prouve combien l'ordre international dépend des circonstances locales (v. *supra* p. 92, note 2).

(2) La règle a d'ailleurs perdu beaucoup de ses applications depuis 1927, la Française qui épouse un étranger restant Française, car elle s'appliquait surtout avant cette date dans le cas de Françaises devenues étrangères par leur mariage et restant en France, ou y revenant pour la naissance de leur enfant.



99. **Généralités.** — La filiation naturelle appelle des règles particulières, parce qu'elle n'est pas établie dans les mêmes conditions que la filiation légitime: l'enfant naturel est sans filiation quand il n'est pas reconnu, et il peut ne l'être que par un seul de ses parents. Dans le premier cas les règles posées pour la filiation légitime sont inapplicables, dans le second leur transposition ne peut être pure et simple, même quand les deux parents sont connus mais à des dates différentes, bien que la loi ait cherché un parallélisme aussi étroit que possible entre les deux situations. Enfin il y aura lieu d'examiner les effets sur la nationalité de la légitimation de l'enfant naturel.

100. 1° **Enfant né de parents inconnus** (art. 21 C. Nat.). — Aux termes de l'article 21 du Code de la nationalité « Est Français l'enfant né en France de parents inconnus ». La solution s'impose dans l'ordre international si on tient à donner à chacun une nationalité, puisque le lieu de naissance est le seul élément de rattachement dans ce cas (1), et la politique française d'intégration dans notre nationalité du plus grand nombre possible d'individus concorde en ce sens. Aussi la solution avait-elle été admise par la jurisprudence (Req. 24 mars 1886, S. 89.1.251) avant qu'elle ne fût consacrée par la loi en 1889 (art. 8-2° C. Civ.).

Mais la nationalité ainsi attribuée présente l'originalité d'être essentiellement *provisoire*: l'intéressé, poursuit l'article 21, sera toutefois « réputé n'avoir jamais été Français si au cours de sa minorité sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de cet étranger, la nationalité de celui-ci ».

Les auteurs, dans le silence de la loi et en l'absence, semble-t-il, de jurisprudence, admettaient déjà avant 1945 ce caractère provisoire (V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 60 et les références), mais en discutant, à tort semble-t-il, la rétroactivité de la nationalité nouvelle. La règle correspond à l'idée que la nationalité est fixée d'après la réalité. Le texte nouveau présente l'avantage d'éliminer la discussion antérieure sur le point de savoir si l'établissement d'une filiation devait intervenir avant la majorité pour effacer la nationalité française originaire: le code exige la preuve *pendant la minorité* et aussi bien, contrairement à son principe (cf. art. 26 et 29), pour la filiation légitime que la filiation naturelle. Il faut, en effet, reconnaître que l'abstention des parents anéantit leur influence éducatrice (2).

Mais la nationalité provisoire ne disparaît que si l'établissement de la

(1) On a même pu voir dans la solution une obligation de l'ordre international: v. Maury, *Rép.*, n. 56 et les références aux travaux des corps savants et du comité des experts de la S. D. N. La Cour de cassation de Belgique par arrêt des chambres réunies, a cependant refusé la nationalité belge à l'enfant né en Belgique de parents inconnus (24 juil. 1880, S. 81.4.17, concl. contr. du proc. gén. Faider).

(2) Si la règle est différente, en thèse générale, pour la filiation légitime, c'est sans doute qu'on ne veut pas faire supporter par les parents les conséquences d'une erreur sur la filiation. L'abstention pure et simple peut leur être présumée plus facilement imputable. L'art. 21 établissant l'effet déclaratif, quant à la nationalité, de la preuve de la filiation, ne réserve pas, comme d'autres textes du Code, les droits des tiers et les actes passés par l'intéressé. L'extension de la réserve, qu'on a proposée (Maury, J. C. P. 1946.514, n. 13), paraît audacieuse.



filiation attribue à l'enfant une nationalité étrangère: précaution de bon sens, pensera-t-on, contre l'apatridie. Cependant le texte de 1889, maintenu en 1927 (art. 1<sup>er</sup>-7<sup>o</sup>) étendait directement notre nationalité aux enfants nés de parents dont la nationalité est inconnue. Cette addition, que le projet de réforme de 1934 (R. 1935.249) élargissait encore en visant les parents sans nationalité, a été abrogée par le décret du 12 novembre 1938 (art. 10), sous l'influence de la tendance récente de défiance à l'égard des étrangers, contraire à la politique traditionnelle. On avait déjà en 1889 taxé d'« écume des nations étrangères » les bénéficiaires du nouvel article 8-2<sup>o</sup> C. Civ. (Déclaration de M. de Gavardie au Sénat, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1889, J. O. 1889, p. 1199, citée par M. Niboyet, I, p. 244, note 1). En réalité la seconde catégorie ne mérite pas plus de méfiance, *a priori*, que la première et cette raison aurait dû faire maintenir le principe que tout individu doit avoir une nationalité puisqu'aussi bien la France considérera en fait l'intéressé comme sien, notamment en l'incorporant dans l'armée (v. *infra*, n. 172. En ce sens Niboyet, *Supplément au Traité de dr. int. privé français*, n. 218).

Le Code de la nationalité a conservé la formule restrictive, mais le 2<sup>o</sup> alinéa de l'article 21 permet de maintenir sa nationalité française à celui dont la filiation est établie à l'égard d'un étranger qui ne lui transmet pas de nationalité: c'est en un sens aller plus loin que le texte antérieur à 1938 qui n'envisageait que les parents de nationalité inconnue (1); mais c'est en un autre sens aller moins loin: que décider en effet de l'enfant dont on sait dès la naissance que ses parents ne lui transmettent pas de nationalité? Le raisonnement *a fortiori* paraît légitime malgré la lettre du texte.

La loi nouvelle consacre enfin (art. 22) une solution généralement admise par les auteurs (V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 59; Niboyet, *Supplément*, n. 219) et qui figurait au projet de réforme de 1934, suivant l'article 15 de la convention de La Haye de 1930: l'attribution de la nationalité française au nouveau né *trouvé* en France; il y a en effet présomption de fait qu'il est né en France (v. déjà Seine 5 nov. 1910, R. 1911.108), et il y a lieu de revenir au principe que tout individu doit avoir une nationalité. L'article 22 réserve d'ailleurs expressément la preuve contraire à la présomption.

**101. 2<sup>o</sup> Parallélisme des règles de la filiation naturelle et de la filiation légitime.** — Quand les parents sont connus, la loi a cherché un parallélisme aussi étroit que possible entre la situation de l'enfant naturel et celle de l'enfant légitime. Son système est le suivant: *si les deux parents sont connus simultanément, les règles applicables sont celles de la filiation légitime; sinon le parent connu le premier joue le rôle du père légitime, le second celui de la mère.*

Ce système résulte de l'adjonction à chaque cas de nationalité d'ori-

(1) Les auteurs étaient généralement favorables d'ailleurs à l'extension du texte. v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 59 et les références. Mais le gouvernement français avait pris la position contraire dans l'enquête de la Société des Nations, et ce second sens avait été adopté par le Tribunal de la Seine (24 mai 1932, D. P. 1934-25, note Nast, S. 1933.2.145, note Niboyet).



gine d'un doublet visant l'enfant naturel: il est Français 1° si le parent connu le premier (cf. le père légitime) est Français (art. 17-2°), 2° si le parent connu le second est Français (art. 18-2° et 19-2°, sous les mêmes distinctions que pour la mère légitime), 3° si le parent connu le premier est né en France, l'intéressé y étant lui-même né (art. 23-2°), 4° si le parent connu le second est né en France, l'intéressé y étant lui-même né, mais sauf faculté de répudiation (art. 24-2°). De plus l'article 28 C. Nat., réalisant un progrès appréciable sur l'incertitude de rédaction des textes précédents (v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 70-71) dispose que « si la filiation de l'enfant naturel résulte à l'égard du père et de la mère du même acte ou du même jugement, elle est réputée avoir été établie d'abord à l'égard du père ».

Mais les reconnaissances et les jugements établissant la filiation, conformément d'ailleurs à la loi française (art. 27 C. Nat. v. *infra*, n. 391) n'ont effet sur la nationalité que s'ils interviennent *pendant la minorité*, c'est ce que dispose l'article 29 C. Nat. en termes de portée également plus claire que celle des anciens textes. La loi veut éviter un bouleversement trop tardif du statut de l'intéressé, et il faut reconnaître que l'influence éducative des parents déterminés après la majorité sera nulle, d'autant que la reconnaissance tardive exprimera souvent le désir méprisable de profiter de la réussite de l'enfant après s'être soustrait aux charges de son éducation (1). La reconnaissance étant déclarative et la loi établissant une nationalité d'origine, l'enfant sera réputé avoir été Français ou étranger depuis sa naissance; et les cours d'appel, comme la majorité des auteurs, s'accordent à considérer qu'on tiendra compte de la nationalité des parents au jour de la naissance, non de celle qu'ils auraient pu acquérir postérieurement (2). L'article 19 ne s'en expliquant pas autrement, et malgré la formule plus précise de l'article 21, ces solutions rationnelles doivent être considérées comme restant valables sous l'empire du Code de la nationalité, d'autant qu'elles présentent l'avantage de rapprocher la situation de l'enfant naturel de celle de l'enfant légitime.

Ce système date de 1889 (3); auparavant la jurisprudence, faute de texte, appliquait purement et simplement aux enfants naturels les règles écrites pour les enfants légitimes (V. Req. 22 déc. 1874, S. 75.1.423). On a voulu éviter les changements successifs de nationalité, la mère étant le plus souvent connue avant le père. Le résultat est un peu complexe, et donne sans doute une importance excessive au parent connu le

(1) A cet égard l'établissement tardif de la filiation légitime n'a pas la même signification; ce sera le plus souvent la réparation d'une erreur. Comme la recherche de paternité peut être intentée dans l'année qui suit la majorité (art. 340 C. Civ.), M. Niboyet propose d'étendre d'autant le délai dans lequel la reconnaissance ou le jugement produit effet sur la nationalité (I, p. 183).

(2) Nancy, 25 mars 1890, D. P. 91.2.89, S. 92.2.286, J. 91.539; Bourges 15 déc. 1896, J. 97.811; Paris 7 mai 1920, J. 1920.666. Maury, *Rép.*, n. 215; Lerebours-Pigeonnière, D. 77; Niboyet, I, n. 154; *contra* Valéry, *La nationalité française*, n. 50; Louis-Lucas, D. 118. Sur l'application de l'art. 29 aux traités, v. Civ. 22 avril 1947, J. C. P. 1947.II 3752.

(3) La rédaction de l'art. 8-1°, al. 2. C. Civ. par la loi du 26 juin 1889 présentait d'ailleurs un défaut célèbre dans l'emploi d'une formule générale attribuant à l'enfant naturel la nationalité de son père: cette disposition avait conduit la Cour de cassation à déclarer russe l'enfant naturel d'un Polonais russe et d'une Italienne alors que la loi russe ne lui donnait pas cette nationalité (Civ. 2 juin 1908, D. P. 1912.1.457, S. 1911.1.385). La loi de 1927 corrigea cette erreur.



second, dont l'influence sera nulle s'il s'agit d'un père ne vivant pas maritalement avec la mère. Aussi certains proposent-ils de s'en tenir exclusivement, comme plusieurs législations étrangères, à la nationalité de la mère (Lerebours-Pigeonnière, p. 77). Mais le droit français répugne à une conception qui, rattachant l'enfant naturel exclusivement à sa mère, accentue le contraste entre sa situation et celle de l'enfant légitime. La prépondérance du parent connu le premier est au contraire consacrée, comme le relève M. Niboyet (I, p. 180 note 1), par l'article 383 C. Civ. pour la puissance paternelle. La complexité du système légal, logiquement construit à partir d'un principe simple, permet peut-être de mieux tenir compte de la variété considérable des situations de fait en cette matière.

102. 3° **Légitimation des enfants naturels.** — La jurisprudence s'était fixée avant 1927, au rebours de la majorité des auteurs, mais comme la pratique de la Chancellerie (v. Cluzel, J. 1908.719), dans le sens du défaut d'influence de la légitimation sur la nationalité en l'absence de texte (Civ. 17 mars 1926, D. P. 1926.1.137, S. 1926.1.201, note Niboyet, R. 1926.398, rapport A. Colin; cf. cep. Cass. 15 juil. 1840, D. P. 40.1.283, S. 40.1.900. Sur la discussion, v. Maury, Rép. n. 300 et les références). La loi de 1927, puis le Code de la nationalité, ont pris la position contraire; modifiant en la forme seulement le texte de 1927 (art. 1<sup>er</sup>-4<sup>o</sup>), l'article 34 du Code de la nationalité dispose que « l'enfant naturel légitimé au cours de sa minorité acquiert la nationalité française si son père est français ». Il a paru rationnel de consacrer en matière de nationalité l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime qui constitue l'objectif de la légitimation. Néanmoins l'origine de l'enfant légitimé se manifeste encore en ce que la légitimation n'aura effet que si elle intervient pendant la minorité de l'intéressé; une légitimation tardive n'est guère plus efficace et honorable qu'une reconnaissance tardive, et la nationalité de l'enfant naturel doit être fixée définitivement à sa majorité dans son intérêt comme dans celui des tiers.

La nationalité française conférée par la légitimation est acquise pour l'avenir seulement et sans aucune rétroactivité: la question, qui partageait les auteurs sous le régime de la loi de 1927 (1), est aujourd'hui tranchée par la place de l'article 34 au titre de l'acquisition de la nationalité française, qui s'oppose clairement dans la terminologie du Code à la nationalité d'origine; cette solution, conforme à la nature constitutive de la légitimation, a l'avantage d'éviter les inconvénients de la rétroactivité. Elle montre d'ailleurs qu'il y a des attributions de nationalité postérieures à la naissance qui se rattachent par leur fonction à la nationalité d'origine (2), et elle a permis d'assimiler sans autre spécification la légitimation à la naturalisation quant à ses *effets collectifs* sur les enfants du légitimé (art. 84, v. *infra* n. 123): l'assimilation s'imposait *a fortiori*.

(1) V. pour la rétroactivité Boudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 73; Niboyet, I, n. 160; *contra* Maury, Rép. n. 102; Ancel, J. 1933.11.

(2) Il résulte de cette classification que la loi nouvelle ne s'applique pas aux légitimations antérieures à sa promulgation d'enfants encore mineurs à cette date: c'est l'article 4 qui joue et non l'article 3. La Chancellerie avait pris la position contraire pour la loi de 1927 (v. aussi Chambéry 2 nov. 1927, D. H. 1928.59, S. 1928.2.153, R. 1928.659). La solution actuelle paraît meilleure.



La formule unilatérale de l'article 34 exprime le souci du législateur de ne pas attribuer une nationalité étrangère en cas de légitimation par un père étranger, ce qui n'appartient qu'à la loi étrangère. Il s'en est suivi, sous l'empire de la règle identique de 1927, une laborieuse discussion sur le point de savoir si l'enfant naturel français perd notre nationalité quand il est légitimé par un père étranger dont la loi lui attribue sa nationalité (1).

Le Code de la nationalité résout la question dans son article 93 suivant la pratique de la Chancellerie et le projet de réforme de 1934. Aux termes de ce texte la légitimation par un père étranger fait perdre sa nationalité française à l'enfant naturel mineur qui l'a acquise à la suite de son acquisition par sa mère. La solution est logique: les enfants naturels Français par leur mère dès leur naissance auraient été français s'ils étaient nés légitimes. La légitimation, qui assimile l'enfant légitimé à l'enfant légitime, ne doit pas leur faire perdre notre nationalité. Aussi logiquement d'ailleurs, le Code ajoute que si l'enfant est né à l'étranger d'une Française, sa légitimation pendant sa minorité par un père étranger lui ouvre la faculté de répudiation (art. 20): il est ainsi mis dans la situation qui aurait été la sienne s'il était né légitime (2).

La perte de la nationalité française par légitimation est au surplus justement subordonnée par l'art. 93 al. 3 à l'acquisition de la nationalité du père (3); elle prend date à l'égard de la France au jour de la légitimation (art. 93, al. 2): le jour de l'acquisition de la nationalité étrangère eût sans doute été préférable.

## Section II

### Attribution de la nationalité française en raison de la naissance et de la résidence en France.

103. **Division.** — La nationalité française est attribuée par l'article 44 du Code de la nationalité à tout individu né en France de parents étrangers qui n'y sont pas nés, s'il réside en France à sa majorité depuis cinq ans. Mais il peut répudier notre nationalité dans les six mois précédant sa majorité (art. 45), et il peut d'autre part la réclamer au contraire avant même sa majorité, en vertu de l'article 52.

On examinera tout d'abord les règles de fond du système, puis le régime des options, commun d'ailleurs à celles des articles 45 et 52 et celles des articles 19 et 24.

(1) V. pour l'affirmative Ancel, *La nationalité de l'enfant légitimé*, J. 1933.9, et son intéressant aperçu de droit comparé; Maury, *Rép.* n. 486; cf. aussi mais pour d'autres raisons Lerebours-Pigeonnière, p. 79; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 74; adde L. de La Morandière et H. Batiffol, *Supplément au Cours de Surville*, n. 17; R. Dreyfus, J. 1929.803; la circulaire ministérielle du 14 août 1927 était aussi en ce sens; mais cf. *contra* Niboyet, I, p. 186; Audinet, R. 1928.5.

(2) Il aurait fallu, pour être logique jusqu'au bout, prévoir aussi la faculté de répudiation pour l'enfant né en France, reconnu d'abord par une mère étrangère née en France puis par un père étranger né à l'étranger; il est Français définitivement (art. 23-2°), mais si ses parents le légitiment il est dans la situation d'un enfant légitime qui aurait pu répudier.

(3) L'art. 93, al. 3 réserve aussi comme une exception à l'alinéa 1<sup>er</sup> le jeu des articles 23 et (à?) 25; mais ces textes ne sont-ils pas nécessairement exclus par le libellé même de l'alinéa 1<sup>er</sup>?



104. **Origines de l'article 44 du Code de la nationalité.** — Le Code civil (art. 9) permettait en 1804 à l'individu né en France d'un étranger de réclamer la nationalité française à sa majorité s'il était domicilié en France; s'il n'y était pas domicilié, il le pouvait aussi en « faisant sa soumission » de fixer en France son domicile et en l'y établissant dans l'année. Ces dispositions restèrent jusqu'en 1851 (v. n. 84) la seule manifestation du *jus soli*. La loi de 1889, accentuant l'influence de ce facteur, décida que l'enfant né en France d'un étranger né à l'étranger devient Français à sa majorité, s'il est domicilié en France, mais sauf faculté de répudiation dans l'année (1): il peut, d'autre part, réclamer notre nationalité avant même sa majorité (cf. déjà la loi du 22 mars 1849). La loi de 1927 a maintenu le système, consacrant ainsi cette influence extrême du *jus soli*, mais en supprimant la réclamation ouverte par l'ancien article 9 au majeur non domicilié en France: l'expérience avait montré, relève la circulaire du 14 août 1927, que cette disposition n'était presque jamais utilisée et la tendance nouvelle de défiance à l'égard des indésirables y a vu la source d'abus possibles; on a d'ailleurs facilité la naturalisation des intéressés (n. 114). Le Code de la nationalité, accentuant légèrement à nouveau ici la tendance restrictive, exige au surplus que l'individu, né en France, y ait résidé depuis l'âge de seize ans (art. 44): exigence conforme à l'idée que l'attribution de la nationalité française ne joue pas sur deux faits, peut-être accidentels, de naissance et de domicile en France à la majorité, mais consacre l'assimilation résultant de la naissance et de l'éducation en France.

105. **Conditions de l'attribution de la nationalité française. Naissance et résidence en France.** — Aux termes de l'article 44 du Code de la nationalité « tout individu né en France de parents étrangers acquiert la nationalité française à sa majorité, si à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu depuis l'âge de seize ans sa résidence habituelle en France, aux colonies ou dans les pays placés sous protectorat ou sous mandat français ».

La nationalité française est ainsi attribuée aux deux conditions de la naissance et de la résidence en France. La première ne met en question que le champ d'application territorial de la loi sur la nationalité (n. 88), mais on a vu (*ibid.*) la portée sur la nature de la règle de l'exigence d'une naissance *en France*, alors que la résidence (avant la majorité) peut être établie aux colonies: la règle apparaît bien essentiellement comme un effet de la naissance en France (2). La circulaire du 10 novembre 1945

(1) La loi nouvelle ne s'est appliquée qu'aux individus qui ont atteint 22 ans après sa promulgation: Cass. 12 avril 1902, S. 1902.1.360. Sur l'application dans le temps de l'art. 44 C. Nat., v. Loisel, G. P. 9 avril 1946.

(2) La résidence n'est même plus en France dans les cas d'assimilation prévus par l'article 78: séjour dans une colonie ou à l'étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le gouvernement français, ou d'un emploi dans une ambassade ou légation française; séjour dans un pays en union douanière avec la France (Monaco à l'heure actuelle); présence aux colonies ou à l'étranger dans l'armée. V. aussi pour l'engagement militaire en Tunisie ou au Maroc l'art. 48.



recommande d'ailleurs aux préfets de ne pas se montrer d'une rigueur excessive dans l'exigence des justifications du stage.

La seconde condition visait autrefois le *domicile* en France à la majorité. Elle a été interprétée par la jurisprudence dans le sens de l'exigence d'une *résidence normale*. D'une part il faut une *résidence effective*, le simple domicile de droit du mineur chez son tuteur ne suffirait pas (Paris 18 nov. 1907, D. P. 1908.2.358, J. 1908.502), car il est sans effet sur la formation de la mentalité. D'autre part des absences momentanées de France, même le jour de la majorité, n'empêchent pas le jeu de la règle (Req. 27 avril 1920, S. 1921.1.305, J. 1920.650, R. 1920.466) : l'intéressé réside *normalement* en France. De même la *résidence accidentelle* en France à ce jour d'un individu résidant normalement à l'étranger ne le rendrait pas Français (Alger 6 mai 1918, J. Trib. com. 15 juil. 1918). Ce sont ces solutions qu'a heureusement consacrées le Code de la nationalité en substituant à l'exigence du domicile celle de la *résidence*.

Ce système permet d'expliquer que la loi de 1927, puis le Code de la nationalité (art. 50 et 58), contrairement à une décision jurisprudentielle célèbre (1), aient refusé le bénéfice de la règle à l'*expulsé* rentré irrégulièrement en France : bien que la résidence soit un simple fait, sa précarité dans ce cas la rend anormale. Depuis le décret du 12 novembre 1938 la loi assimile à l'*expulsé* celui contre lequel a été pris un *arrêté d'assignation à résidence* (n. 168) (2). Le gouvernement a ainsi, par l'expulsion ou l'assignation à résidence, le moyen d'empêcher l'accès d'indésirables à la communauté nationale par la voie de l'article 44 (3).

Il en a un autre plus souple encore du fait qu'aux termes de l'article 79 C. Nat. « Nul ne peut acquérir la nationalité française lorsque la résidence en France constitue une condition de cette acquisition s'il ne satisfait aux obligations et conditions imposées par les lois relatives au séjour des étrangers en France ». Le gouvernement peut donc par la simple mesure du refoulement (n. 166) faire échec au jeu de l'article 44.

Mais le Code de la nationalité a estimé que le gouvernement devait être en mesure de s'opposer au jeu de l'article 44 même quand il n'y aurait pas lieu d'expulser ou simplement de refouler l'étranger né en France : il peut être indésirable comme Français tout en étant acceptable comme résident. Reprenant donc, en la précisant d'ailleurs, une disposition

(1) Cass. Réun. 9 déc. 1896, S. 97.1.297, tranchant en faveur de la Chambre civile la divergence qui s'était élevée à ce sujet entre celle-ci et la Chambre criminelle.

(2) L'article 44 jouera cependant si l'arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence a été « rapporté dans la forme où il est intervenu ». Le texte antérieur à 1938 se contentait d'une simple suspension des effets de l'arrêté. On a sans doute voulu par cette réforme permettre à l'administration une suspension bienveillante à l'égard des proscrits dans l'impossibilité de quitter la France (n. 168) sans qu'il en résulte pour eux un droit à la nationalité française (V. Lerebours-Pigeonnière, p. 91, note 1). On ne peut en tous cas considérer dès lors comme encore autorisée la décision de la Chambre civile, antérieure à 1927, qui a estimé domicilié en France l'individu qui y était incarcéré à la suite d'une condamnation pénale (Civ. 2 mai 1910, D. P. 1911.1.357 ; *contra* Crim. 22 déc. 1894, D. P. 95.1.136, S. 95.1.155, J. 95.380) : la prison n'est pas une « résidence normale ».

(3) Les deux dernières lignes de l'art. 79 écartent *in fine* les dispositions du décret du 12 novembre 1938, mais ce texte a été abrogé par l'ordonnance du 2 nov. 1945. Il soulevait effectivement des objections sérieuses (v. Niboyet, *Supplément*, n. 174 et 186 ; cf. Maury, *Nouv. Revue de dr. int. privé* 1942.364) en subordonnant à un permis de séjour de plus d'un an le bénéfice des droits subordonnés à la résidence en France.



qui figurait dans la loi de 1927 (art. 3) pour les seules réclamations durant la minorité, l'article 46 décide qu' « au cours du délai de six mois précédant la majorité de l'intéressé, le gouvernement peut par décret s'opposer à l'acquisition de la nationalité française soit pour indignité ou pour défaut d'assimilation, soit pour grave incapacité physique ou mentale, après avis d'une commission médicale dont la composition et le fonctionnement seront fixés par décret » (v. décret 2 nov. 1945, art. 22, v. aussi art. 57 pour la réclamation durant la minorité). Aux termes de l'article 109, le décret d'opposition sera pris, après avis conforme du Conseil d'Etat, l'intéressé, dûment averti, ayant eu la faculté de produire pièces et mémoires.

Ce système complète la politique du contrôle de toutes les acquisitions de la nationalité française. La multiplication des garanties contre l'arbitraire dans les cas comme dans la procédure de l'opposition dénote le sentiment chez le législateur d'atteindre la limite au delà de laquelle il ne s'agirait plus d'une attribution de la nationalité française en raison de la naissance, mais d'une naturalisation ordinaire à la discrétion pure et simple du gouvernement (1).

Si la loi ne pose ainsi que deux conditions au jeu de la règle, il y a lieu cependant d'ajouter que celle-ci ne doit pas intervenir quand l'intéressé, avant sa majorité, a acquis une autre nationalité, par exemple par naturalisation; c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation pour une femme ayant acquis par mariage la nationalité de son mari (Civ. 13 mars 1911, D. P. 1912.1.25, S. 1911.1.527, J. 1912.234, R. 1912.111), en en donnant la raison que par cet événement la nationalité de l'intéressée s'était trouvée « définitivement fixée ». La solution, éclairée par ce motif, et qui est certainement judicieuse, ne paraît explicable, en l'absence de texte, que par la considération que la nationalité attribuée par l'article 44 l'est à titre *originnaire*: effet de l'origine de l'intéressé, elle perd sa raison d'être si sur cette origine s'est greffé un événement nouveau engendrant une acquisition de nationalité; les conditions d'origine visées par la loi se trouvent modifiées, et les règles sur la nationalité acquise ayant joué, celles qui concernent la nationalité attribuée à titre *originnaire* n'ont plus à intervenir. Cf. cep. Trib. Marseille 16 juil. 1947, J. C. P. 1947.II. 3839, note Aymond.

Enfin l'article 44 ne s'applique pas, comme les autres effets du *jus soli*, aux enfants des *agents diplomatiques et des consuls de carrière* (art. 51). Mais la loi a expressément concédé à ceux-ci le droit de réclamer la nationalité française conformément à l'article 52.

**105 bis. Effets de l'attribution de la nationalité française en vertu de l'article 44 C. Nat.** — La nationalité attribuée en vertu de l'article 44 a effet *pour l'avenir* seulement. La jurisprudence antérieure à 1927 décidait au contraire qu'elle était acquise rétroactivement à la naissance, en s'inspirant évidemment de l'idée que la règle est écrite en rai-

(1) L'idée de contrôle se trouvait dans la loi du 22 juillet 1893 modifiant l'ancien article 9 C. Civ. abrogé en 1927. Les rejets de réclamations sous le régime de l'article 3 de la loi de 1927 ont été rares. V. la statistique dans Niboyet, I, p. 203. Sur le rapprochement pratique de l'art. 44 et d'une naturalisation, v. Loisel, G. P. 10 avril 1946.



son de l'origine de l'intéressé (1). L'article 4 de la loi de 1927 a disposé que l'intéressé « devient » Français et l'article 44 du Code de la nationalité ne prête également à aucun doute (cf. art. 80). La rétroactivité présentait assurément de sérieux inconvénients, et l'esprit de la loi est de ne considérer l'individu visé comme assimilé que si à la naissance en France se joint un établissement durable. Le nouveau Français sera donc réputé avoir été étranger jusqu'à sa majorité et aura pu être régulièrement expulsé : Cons. d'Etat 10 juil. 1930, G. P. 1930.2.498.

Mais le caractère pour partie originaire de la nationalité attribuée en vertu de l'article 44, se retrouve en ce que son bénéficiaire échappe aux incapacités qui frappent les naturalisés : ainsi en a judicieusement décidé le Conseil d'Etat dans son avis du 27 déc. 1934 (R. 1936, 438). Le Code de la nationalité a consacré cette solution rationnelle (art. 80 et 81). Les enfants mineurs de l'intéressé deviennent Français dans les mêmes conditions que ceux du naturalisé (art. 84) : la règle s'imposait *a fortiori*.

## § 2. — RÉGIME GÉNÉRAL DES OPTIONS DE NATIONALITÉ.

106. Les différentes options instituées par les articles 19, 24, 45 et 52 C. Nat. — Les règles légales sur l'attribution de la nationalité française à titre originaire comportent diverses options possibles :

1° *Répudiation des articles 19 et 24* : l'article 19 déclare Français sauf faculté de répudiation l'enfant légitime né à l'étranger d'une Française et d'un étranger de nationalité connue ; l'article 24 en décide de même pour l'enfant légitime né en France d'une étrangère qui elle-même y est née. Les mêmes règles et les mêmes options valent pour l'enfant naturel dont le parent connu le second est Français ou né en France (n. 101) (2).

2° *Renonciation à la faculté de répudiation des articles 19 et 24* : L'article 30, al. 2 prévoit que le bénéficiaire d'une des facultés de répudiation du titre II (c'est-à-dire celles des articles 19 et 24) peut renoncer à cette faculté. Cette mesure a été instituée par la loi du 16 août 1874 pour permettre aux mineurs intéressés de justifier d'une nationalité française définitive et de triompher ainsi des obstacles qu'ils rencontraient à l'entrée dans une école du gouvernement ou à la souscription d'un engagement dans l'armée (3).

(1) Civ. 10 juil. 1848, S. 48.1.529 ; Req. 29 déc. 1885, S. 86.1.106 ; Civ. 24 juil. 1899, S. 1908.2.201 en note ; Civ. 13 mars 1911, D. P. 1912.1.25, S. 1911.1.527, J. 1912.234, R. 1912.111. V. dans Niboyet, *Manuel*, 2<sup>e</sup> éd. n. 107 le résumé de la discussion et les références.

(2) Les lois antérieures plaçaient la répudiation dans l'année de la majorité. Le système actuel tend à ce que la nationalité soit fixée définitivement au jour de la majorité, en plaçant l'option dans les six mois précédant cette date.

(3) La loi de 1889, supprimant la faculté de répudiation instituée en la matière par la loi de 1851 (n. 97), rendit sans objet l'innovation de 1874. Quand la faculté de répudiation fut rétablie en 1893 pour le cas où c'est la mère de l'intéressé qui est le parent né en France, on omit de rétablir en même temps la faculté de renonciation ; la loi du 5 avril 1909 répara cette omission. La Chancellerie avait cru pouvoir la réparer elle-même dans l'article 11 du décret du 13 août 1889, mais ce texte fut déclaré par la Cour de cassation inconstitutionnel comme excédant les pouvoirs de l'administration ; Req. 26 juil. 1905, S. 1906.1.113, note Audinet, J. 1905.1253, R. 1905.726, concl. de l'av. gén. Feuilleux. V. sur ce point Niboyet, I, p. 235.



3° *Réclamation de l'article 52*: les enfants nés en France d'étrangers qui n'y sont pas nés deviennent Français à leur majorité s'ils résident depuis cinq ans en France (art. 44), mais ils peuvent réclamer notre nationalité pendant leur minorité: cette faculté, judicieusement instituée en 1889, est passée dans l'article 3 de la loi de 1927, puis dans l'article 52 du Code de la nationalité qui le présente plus heureusement comme un mode de mise en œuvre du principe de l'article 44.

4° *Répudiation de l'article 45*: Les individus appelés à devenir Français à leur majorité en vertu de l'article 44 comme nés en France (n. 104) peuvent répudier notre nationalité dans les six mois précédant leur majorité (1).

Ces différentes options sont, d'une manière générale, et sauf indication contraire, soumises au même régime, ce qui souligne particulièrement le lien entre la nationalité d'origine et la nationalité attribuée à raison de la naissance en France. On étudiera successivement les règles légales à leur sujet quant aux conditions de capacité, de fond, de forme, puis quant aux effets.

107. A. **Capacité pour opter.** — La loi modifie sensiblement le droit commun de la capacité du mineur en distinguant trois situations:

1° *Au-dessus de dix-huit ans* le mineur est réputé capable d'opter lui-même et sans autorisation. Ceci s'explique par deux considérations.

S'il s'agit tout d'abord d'une *répudiation*, elle n'est possible que dans les six mois précédant la majorité; mais avant 1945 elle intervenait dans l'année suivant la majorité, et si le Code de la nationalité l'a avancée de six mois, c'est pour simplifier, comme on le reverra, le système, il importait donc de ne pas le compliquer par ailleurs en exigeant l'habilitation de l'optant, et il a été justement décidé qu'un acte nécessairement accompli à une date si proche de la majorité serait traité comme s'il émanait d'un auteur capable (art. 30, al. 1<sup>er</sup> et 45).

S'il s'agit d'autre part d'une *option positive* en faveur de la nationalité française (renonciation aux facultés de répudier des art. 19 et 24, ou réclamation de l'art. 52), la loi entend la faciliter et s'y estime sans doute justifiée par la considération que l'optant confirme sa propre présomption de nationalité française de fait: la règle légale est la meilleure caution de l'utilité de l'acte (v. art. 30, al. 2 et 53, al. 1<sup>er</sup>). Le mineur, âgé de dix-huit ans, peut avoir un intérêt urgent pour l'orientation de son avenir à être regardé d'ores et déjà comme Français définitif.

2° *Entre seize et dix-huit ans* le mineur opte lui-même mais autorisé par son représentant, tel qu'il est déterminé par l'article 53. La règle est une innovation de la loi de 1927 qui, suivant l'exemple de la loi du 19 juin 1923 sur l'adoption, a estimé que le mineur âgé de seize ans devait consentir en personne aux actes graves concernant son état, comme il doit à tout âge consentir à son propre mariage. Le système a l'incon-

(1) L'ancien système de répudiation dans l'année de la majorité obligeait à faire rétroagir la répudiation au jour de la majorité puisque la nationalité française avait été acquise à cette date. Le système nouveau évite cet inconvénient.



vénient d'exiger le concours de deux consentements, c'est-à-dire de rendre plus difficile, contrairement à l'esprit général de la loi, les options en faveur de la nationalité française, seules possibles à l'âge considéré. D'autre part, et bien qu'on comprenne la tendance, dont le droit romain a donné un exemple illustre, à morceler le statut du mineur en périodes distinctes pour tenir compte de la progressivité de son développement, une période de deux ans est trop brève et fait l'effet d'une complication peu utile; du moment qu'on admettait la capacité à l'âge de dix-huit ans, contrairement à la loi de 1927, il eût mieux valu, semble-t-il, supprimer le système de l'autorisation et revenir au droit commun de la représentation au-dessous de dix-huit ans.

3° *Au-dessous de seize ans*, le droit commun de la représentation reprend son empire, mais la loi précise (art. 54), reprenant les règles de 1927, que le mineur sera représenté « par celui de ses père et mère qui a l'exercice de la puissance paternelle ou à défaut par son tuteur *après avis conforme du conseil de famille* » (art. 53). Il est en effet dans la ligne du droit des incapacités de reconnaître au conseil de famille la direction de la personne du mineur. Résolvant ensuite la controverse antérieure, l'article 53 ajoute qu'au cas de divorce ou de séparation de corps l'autorisation sera donnée par celui des parents à qui la garde a été confiée. Si la garde a été confiée à un tiers, ce dernier représentera le mineur après avis conforme du tribunal. Il est effectivement dans l'évolution, sans doute naturelle, des choses de considérer de plus en plus la garde comme l'attribut essentiel de la puissance paternelle.

Le représentant ainsi déterminé est celui qui donnera ses autorisations au mineur âgé de plus de seize et de moins de dix-huit ans.

L'article 54 exige que ce représentant réside depuis cinq ans en France (métropolitaine ou d'outre-mer). Il résulte de la circulaire du Garde des Sceaux aux procureurs généraux du 10 nov. 1945 que cette disposition est destinée à permettre la réclamation de la nationalité française pour l'enfant né en France depuis moins de cinq ans: l'assimilation du représentant est réputée garantir celle du représenté. La singularité de la règle, comme son but, devraient faire conclure qu'elle ne s'applique pas, malgré la généralité du renvoi de l'article 30 à l'article 54, aux autres options. (Cf. en ce sens Maury, J. C. P. 1946.514, n. 58). La conclusion est certaine pour l'article 57, al. 2 prévoyant l'opposition possible du gouvernement à la réclamation introduite par un représentant qui aurait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence non rapporté.

Il importe enfin d'observer que quand l'option intervient sous la forme tacite de la participation volontaire aux opérations de recrutement de l'armée (n. 108), les conditions d'habilitation sont celles de la loi militaire (1).

(1) Sur le point de savoir si le mineur émancipé peut opter sans habilitation, v. dans Beudant, II, n. 80 les raisons qui ont paru favorables à la réponse affirmative, et les références à l'opinion contraire de la Chancellerie. La question perd à peu près tout intérêt pratique depuis que la loi nouvelle donne pleine capacité au mineur de plus de 18 ans. *Adde* sur l'ensemble des problèmes de capacité en la matière, Maury, *Rép.* n. 259-261, Beudant, II, n. 78-83.



108. B. **Conditions de fond des options.** — Les répudiations seules sont soumises à des conditions de fond communes. L'article 31, auquel renvoie l'article 47 pour la répudiation de l'article 45, pose deux conditions à l'exercice de la faculté de répudiation. L'optant devra prouver : 1° qu'il a, par filiation, la nationalité d'un pays étranger ; 2° le cas échéant qu'il a satisfait à la loi militaire de ce pays.

La première condition, instituée par la loi du 16 décembre 1874, signifie que la répudiation ne doit servir ni à l'apatridie ni même à la préférence d'une nationalité étrangère nouvellement acquise. Si l'intéressé n'était pas réellement Français par ses origines, c'est que sa nationalité de fait était celle de ses parents : la loi française n'admet le rejet de sa présomption que dans la mesure où celle-ci a pu méconnaître les faits ; si ce n'est pas le cas, elle subsiste. L'application de ce système à la répudiation de l'article 45 confirme à nouveau que la nationalité attribuée par ce texte l'est en raison de l'origine de l'intéressé (1).

La seconde condition, déjà écrite dans la loi de 1889, tend à empêcher que la répudiation ne serve à un individu qui voudrait échapper aux obligations militaires françaises, tout en éludant celles de son pays d'origine par le maintien de sa résidence en France. La précédente exigeait que le répudiant fût étranger en droit, celle-ci veut qu'il le soit en fait.

Mais en regard de ces conditions positives, dont l'optant devra prouver lui-même qu'il y satisfait, il existe des conditions, en quelque sorte négatives, de la répudiation : la faculté de répudier est perdue si certains événements sont survenus avant l'option.

1° Il va de soi que la faculté de répudiation n'a plus de raison d'être si le père de l'optant a acquis la nationalité française : la présomption de la loi se trouve complètement confirmée, et aussi bien l'article 84 prévoit que l'enfant mineur du naturalisé devient français ; *a fortiori* doit-il perdre la faculté de répudier s'il l'est déjà. C'est ce que dispose l'article 32-1° en délimitant la règle parallèlement à celle des effets collectifs de la naturalisation (n. 123), ce qui élimine heureusement les discussions antérieures nées de la divergence des deux textes anciens. L'article 32-2° traite de l'enfant naturel dans le même esprit.

2° La loi nouvelle a dégagé deux autres cas dans lesquels la faculté de répudiation doit également cesser parce qu'est survenu un événement nouveau tel que, s'il avait existé dès l'origine, la faculté de répudiation

(1) La Chancellerie s'est inspirée sans doute trop étroitement de cette idée en exigeant que la nationalité conservée soit celle que les parents possédaient à l'époque de la naissance (Cluzel, J. 1908.723) : en suivant le changement de nationalité de ses parents, l'intéressé a montré que leur nationalité était effectivement la sienne, quelle qu'elle fut, seule exigence de la loi (dans le sens de cette conclusion Lerébours-Pigeonnière, n. 71 ; *contra* Maury, *Rép.* n. 342 ; Niboyet, I, p. 224). La loi nouvelle paraît bien par sa rédaction avoir pris la position qui nous semble plus exacte. Cette exigence paraît aussi suffisamment respectée, malgré la lettre du texte, si la nationalité conservée n'a jamais été que celle d'un seul des deux parents. Les textes antérieurs au Code de la nationalité exigeaient la preuve par une « attestation du gouvernement » étranger. La loi nouvelle paraît mieux inspirée en admettant la liberté des preuves (V. sur les difficultés de l'expression ancienne Lerébours-Pigeonnière, p. 84 note I ; Maury, *Rép.*, n. 342 ; Niboyet, I, p. 224). Mais le décret d'application du 2 nov. 1945 (art. 5) exige un « certificat délivré par les autorités du pays » dont l'optant a la nationalité.



n'aurait pas existé: il s'agit de la *légitimation* et de la *légitimation adoptive* par un père français (art. 32-3° et 4°) (1).

3° *L'engagement dans l'armée française, ou la participation aux opérations de recrutement*, sans que l'intéressé ait opposé son extranéité, font également perdre la faculté de répudier (art. 32-6° et 47). L'accomplissement du service militaire est aux yeux de la loi la preuve décisive de l'assimilation et une renonciation implicite à la faculté de répudier. La règle remonte à la loi du 16 déc. 1874 (cf. déjà la loi du 22 mars 1849 attachant à cette circonstance la faculté de réclamer la nationalité française). Mais les textes antérieurs l'avaient envisagée comme une option tacite pour la nationalité française et il en était résulté diverses difficultés de conciliation avec la loi sur le recrutement de l'armée (2). Le Code de la nationalité y voit une simple cause de perte de la faculté de répudier qui n'exerce donc aucune influence immédiate sur la nationalité de l'intéressé; l'esprit de la loi était de permettre aux jeunes gens Français provisoires ou nés en France de faire leur service avec leur classe d'âge (v. R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 42), mais par décret du 18 nov. 1945, le Ministre de la guerre, modifiant l'art. 12 de la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement de l'armée, a décidé qu'ils ne seront recensés que quand ils seront définitivement Français, c'est-à-dire à leur majorité. Il est souhaitable qu'une coordination des textes intervienne.

109. C. **Conditions de formes.** — Les options sont exercées sous la forme d'une *déclaration devant le juge de paix* de la résidence de l'optant (art. 101 C. Nat.) (3). La déclaration est ensuite enregistrée, à peine de nullité (art. 104) au Ministère de la Justice (4) (de la Population depuis le décret du 24 déc. 1945).

(1) Il est d'ailleurs difficile de voir dans quelles hypothèses un enfant légitimé par un père français a une faculté de répudiation. Il faut envisager les cas suivants : 1° l'enfant né à l'étranger a été reconnu d'abord par une mère étrangère, puis par un père français (art. 19-2°); 2° l'enfant né à l'étranger a été reconnu d'abord par un père étranger, puis par une mère française (art. 19-2°), mais le père est devenu français avant d'épouser la mère sans que l'enfant tombe sous le coup de l'article 32-2° parce que marié; 3° l'enfant né en France a été reconnu par une étrangère, puis par un étranger lui-même né en France (art. 24-2°), mais qui devient français avant d'épouser la mère; 4° l'enfant né en France a été reconnu par un étranger puis par une étrangère née en France (art. 24-2°), mais le père devient français avant d'épouser la mère alors que le mineur est déjà marié. Ce nous est un agréable devoir de dire que ces cas ont été ingénieusement dégagés par M. Barenne, étudiant de la Faculté de Droit de Lille.

(2) V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 50; Maury, *Rép.* n. 265; Niboyet, I, p. 237; Lerebours-Pigeonnière, 4° éd., p. 94; de Thibouville, J. des Notaires, 1938, 77, n. 28, et leur résumé par R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 42. Cf. Loisel, G. P. 10 avril 1946. La participation aux opérations de recrutement vaut encore acquisition de la nationalité française dans le cas particulier de l'art. 49 (service en Tunisie ou au Maroc). L'ancienne conception conduisait à traiter de cette forme d'option à propos de la réclamation du mineur (art. 3 L. 1927, cf. art. 2), alors que le Code de la Nationalité l'envisage à propos de l'article 44. Le contrôle de dignité était effectué par le préfet avant l'incorporation, il l'est aujourd'hui conformément au droit commun de l'article 46.

(3) Le décret du 20 nov. 1945 détermine les pièces à produire et admet la représentation du déclarant par procuration spéciale et authentique. La déclaration sera reçue par un agent diplomatique ou consulaire si l'optant réside à l'étranger (art. 102 C. Nat.). V. pour les colonies l'art. 103.

(4) Le décret du 25 août 1937, abrogé par l'ord. 18 déc. 1944, avait confié l'enregistrement aux parquets pour alléger la tâche de la Chancellerie. La tendance nouvelle au contrôle par la Chancellerie de l'application de la loi sur la nationalité a confirmé le retour au système antérieur.



L'enregistrement peut être refusé si le déclarant ne se trouve pas dans les conditions fixées par la loi pour l'exercice de l'option (art. 105). Le refus doit alors lui être notifié avec ses motifs dans les six mois de la déclaration (art. 107). Le silence équivaut à l'acceptation et autorise l'optant à réclamer la restitution d'un des exemplaires de sa déclaration revêtu de la mention d'enregistrement (art. 107).

L'optant peut se pourvoir contre le refus d'enregistrement, s'il l'estime injustifié légalement, devant le tribunal civil conformément à l'article 855 C. proc. civ., c'est-à-dire par voie de requête (art. 105). De même, comme l'ont précisé le décret du 25 août 1937 puis l'article 108 C. Nat. contre les hésitations antérieures, l'octroi de l'enregistrement peut être contesté par tout intéressé et notamment par le Ministère public, sauf au cas où un jugement aurait déjà statué par application de l'article 105.

Mais la *réclamation* prévue par l'article 52 peut se heurter à l'opposition du gouvernement pour les motifs qui le conduiraient à faire obstacle au jeu de l'article 44 (art. 57; v. ci-dessus n. 105). Aussi le décret du 2 nov. 1945 prescrit, comme le décret du 10 août 1927, au juge de paix une enquête sur la moralité et le loyalisme du réclamant, mais de plus un procès-verbal constatant son degré d'assimilation, et un examen médical. L'opposition intervient sous la forme d'un *décret*, qui doit être pris, sur avis conforme du Conseil d'Etat, dans les six mois de la déclaration (ou du jugement définitif qui en aura prononcé la validité), le déclarant dûment appelé ayant eu la faculté de produire pièces et mémoires (art. 106) (1).

Les *effets* de la déclaration, s'ils supposent l'enregistrement, partent néanmoins du jour où elle a été souscrite (v. art. 56, 92-2°): l'optant ne doit pas souffrir des lenteurs administratives (2).

110. D. Effets des options. — L'effet des *options positives* est nettement défini: dans le cas de renonciation à la faculté de répudier aucun changement ne se produit, la nationalité française, déjà existante, devient simplement définitive; la réclamation ouverte au mineur par l'article 52 n'étant que l'anticipation de l'attribution par l'article 44 de la nationalité française au majeur né et résidant en France, le mineur devient Français dans les mêmes conditions que s'il avait attendu le jeu de l'article 44 à sa majorité, c'est-à-dire qu'il n'acquiert notre nationalité que pour l'avenir (à dater de la souscription de sa déclaration, art. 56), mais sans subir les incapacités qui frappent les naturalisés (Avis du Conseil d'Etat du 27 déc. 1934, R. 1936.438; cf. art. 80, 81, C. Nat.) et sous le bénéfice des effets collectifs de la naturalisation étendus *a fortiori* à l'article 44.

(1) L'article 107 est également applicable, mais le Code de la nationalité évite avec raison, à la différence des anciens textes, de parler de refus d'enregistrement dans le cas d'opposition. On observera que la renonciation à la faculté de répudier n'ouvre pas le droit d'opposition: l'intéressé est déjà Français. Il ne s'agit donc pas d'écarter un indésirable et d'ailleurs l'opposition de l'empêcherait pas de ne pas répudier à sa majorité (En ce sens Maury, *Rép.* n. 258; circulaire du 14 août 1927).

(2) La loi de 1927 prescrivait la publication de la déclaration au *Bulletin des Lois* (remplacé par le *Journal Officiel* — loi du 19 avril 1930). Le décret du 12 nov. 1928 a abrogé cette disposition, mais un registre des déclarations d'option est tenu par l'administration qui en délivre des extraits (v. art. 139, 145 C. Nat.).



L'effet des répudiations pose par contre le problème de leur rétroactivité. On le résout aujourd'hui négativement.

La solution résulte pour les répudiations des articles 19 et 24 de l'article 90 C. Nat. qui, citant ces options parmi les cas de *perte* de la nationalité française, marque à nouveau (cf. l'art. 9-2° L. 1927) sans évoque la volonté du législateur d'écarter la rétroactivité auparavant admise par la jurisprudence: celui qui serait réputé n'avoir jamais été Français ne perdrait pas une nationalité qu'il n'aurait jamais eue; on ne perd que ce qu'on a. Il faut reconnaître que si la rétroactivité avait pu paraître conforme à l'esprit de la loi en ce que la répudiation marque qu'en fait l'intéressé *n'était* pas Français, ses inconvénients sont suffisants pour justifier son élimination. (V. pour la discussion des autres arguments mis en avant, et les doutes encore exprimés par certains auteurs, Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 52-53).

Mais la question ne se pose même plus pour la répudiation de l'article 44, depuis que le Code de la nationalité l'a placée six mois avant la majorité: elle a pour effet que la nationalité française n'est pas acquise le jour où l'intéressé a atteint ses vingt et un ans. Dans le système antérieur au contraire, il fallait bien décider que la répudiation dans l'année de la majorité effaçait rétroactivement la nationalité acquise depuis quelques semaines ou quelques mois (v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 99 et les références). La réforme récente réalise à cet égard un progrès incontestable.

Les répudiations n'emportent aucun effet collectif sur les enfants de l'optant: le silence des textes l'impose pour les articles 19 et 24 et marque que le législateur n'abandonne pas facilement ses nationaux. La question ne se pose pas dans le cas de l'article 44 puisque celui qui répudie n'a jamais été Français.



## CHAPITRE III

### Acquisition et perte de la nationalité française

111. **Généralités.** — La nationalité attribuée à raison de l'origine est le statut commun et définitif de la majorité des individus. Mais deux mouvements accidentels peuvent survenir. D'une part des étrangers acquièrent la nationalité française par voie de *naturalisation*. D'autre part des Français, d'origine ou naturalisés, *perdent* notre nationalité. Il faut ajouter que le *mariage* peut être, le cas échéant, cause d'acquisition ou de perte de la nationalité française suivant qu'il s'agit d'une étrangère épousant un Français ou d'une Française épousant un étranger. Compte tenu de ce double caractère on étudiera successivement la naturalisation, les effets du mariage sur la nationalité et la perte de la nationalité française (1).

#### Section I

##### Naturalisation.

112. **Vue d'ensemble.** — La naturalisation est l'octroi de la nationalité française par le gouvernement à l'étranger qui la demande. Cette demande pouvant émaner d'un étranger quelconque n'ayant aucune attache avec la France, la décision du gouvernement est entièrement discrétionnaire.

Dès le <sup>xiv</sup>e siècle au moins les rois de France ont délivré des « lettres de bourgeoisie » dénommées à partir du <sup>xv</sup>e siècle « lettres de naturalité », individuelles ou collectives, qui soustrayaient au droit d'aubaine les étrangers ayant rendu des services signalés, en les créant « bourgeois du Roi » dans une ville déterminée (2). La Révolution réputa généreusement citoyen du pays de la liberté tout étranger « qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité » (Constitution du 24 juin 1793, art. 4). La Constitution de l'An VIII consacra ce libéralisme en disposant (art. 3) qu'« un étranger devient citoyen français lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives ». On oubliait, à ne voir dans la nationalité française qu'un honneur enviable, que l'étranger pouvait le considérer autrement et que l'Etat

(1) V. pour un tableau d'ensemble et comparatif des modes de changement de nationalité Ancel, *Le changement de nationalité*, in *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 223. On a déjà indiqué que le Code de la nationalité groupe sous la rubrique d'« acquisition de la nationalité française » les effets éventuels de la légitimation par un père français et ceux de l'article 44.

(2) V. Viollet, *Histoire du droit français*, 2<sup>e</sup> éd., p. 369 ; Weiss, I, p. 349 ; Rouard de Card, *La nationalité française*, 2<sup>e</sup> éd., p. 79 ; Boizet, *Les lettres de naturalité sous l'ancien régime*, thèse Paris 1943.



français avait aussi intérêt à contrôler son octroi. Aussi le décret du 7 mars 1809, revenant à la tradition de l'ancien régime, décida-t-il que l'étranger devrait obtenir du chef de l'Etat des « lettres de naturalisation ».

Mais comme le stage de dix ans restait requis, on était passé à un cumul excessif d'exigences. Le décret du 28 mars 1848 réduisit le stage à cinq ans, mais l'afflux des demandes amena avec la loi des 3-13 décembre 1849 une réaction abusivement rigoureuse: le délai de dix ans fut rétabli, bien plus son point de départ fut fixé à l'admission à domicile, et on exigea l'avis favorable du Conseil d'Etat.

Ce système, le plus restrictif que nous ayons connu, fut abrogé par la loi du 29 juin 1867 qui posa la base d'un système durable en ramenant le stage de dix à trois ans en cas d'admission à domicile. La loi de 1889 accentua cette tendance libérale en accord avec le souci croissant à l'époque de parer à la dénatalité: elle réduisit le stage à un an dans des cas favorables.

La loi de 1927, projetée dans un esprit de défiance à l'égard des naturalisés (cf. les lois du 7 avril 1915 et du 18 juin 1917 sur la révision des naturalisations accordées aux sujets des puissances devenues ennemies), se rallia finalement à un nouveau développement de la politique d'assimilation: l'admission à domicile a été supprimée et le stage de droit commun fixé à trois ans, les cas de réduction de stage à un an ont été élargis, et on a même dispensé de tout stage dans des cas nouveaux. Mais la méfiance à l'égard des naturalisés, qui ne s'était manifestée lors de la loi nouvelle que par la réorganisation administrative du service des naturalisations à la Chancellerie (V. Niboyet, I, n. 232), est revenue par la suite au premier plan; la loi du 19 juillet 1934, plusieurs fois modifiée dans le sens de l'aggravation, a développé les incapacités qui distinguent le naturalisé du Français d'origine, le décret du 12 novembre 1938 a prévu le rapport des naturalisations obtenues frauduleusement.

Le Code de 1945, poursuivant ce mouvement, a spécialement manifesté dans la naturalisation son souci de contrôler l'accès à la nationalité française, corrélativement aux élargissements qu'il instituait à son tour. Le candidat à la naturalisation doit être examiné quant à la santé, la moralité, l'assimilation; le stage de droit commun est porté de trois à cinq ans, les stages réduits par faveur sont de deux ans au lieu d'un; ces exigences ne paraissent pas disproportionnées à l'importance de la faveur sollicitée; en revanche les dispenses de stage sont augmentées en nombre, et la condition du naturalisé heureusement rapprochée de celle du Français d'origine.

Ces oscillations législatives laissent d'ailleurs intact le problème fondamental de la politique des naturalisations qui est abandonné, et nécessairement, à la discrétion du gouvernement: on ne peut poser de règles générales sur la quantité et la qualité des étrangers à accueillir, il appartient à l'administration de considérer, suivant les circonstances, les intérêts du pays et la personnalité des candidats (Cf. *infra* n. les directives données à l'administration; *adde* Niboyet, I, n. 230 et les statistiques données p. 294, note 4; Lerebours-Pigeonnière, n. 86).

On étudiera successivement les conditions de la naturalisation, puis ses effets.



113. A. Conditions de fond. Contrôle de dignité, âge et stage.

— La naturalisation n'était subordonnée traditionnellement qu'à deux conditions de fond, l'une d'âge, l'autre de stage. La loi française n'a jamais exigé que le candidat à la naturalisation perdît sa nationalité antérieure au regard de la loi qui la lui conférerait (v. sur le droit comparé en sens différents, Ancel, *Le changement de nationalité*, p. 243). Le Code de 1945 a ajouté aux conditions antérieures un contrôle de dignité portant sur la santé du candidat à la naturalisation, sa moralité et son degré d'assimilation; il sera envisagé tout d'abord.

1° L'examen *médical* répond à la préoccupation justifiée de ne pas aggraver inutilement l'état physique de la collectivité française, déjà suffisamment sujet à caution. L'article 70 l'institue en termes appropriés à l'encontre de ceux qui seraient une *charge* ou un *danger* pour la collectivité, et spécifie avec raison l'effet éliminatoire des maladies mentales (1).

La *moralité* de l'impétrant sera un obstacle (art. 68) s'il est constaté qu'il n'est pas de « bonne vie et mœurs », ce qui n'ajoute guère au pouvoir traditionnel d'appréciation de l'administration, ou, innovation plus positive, « s'il a fait l'objet soit d'une condamnation supérieure à une année d'emprisonnement... soit d'une condamnation... pour l'un des délits prévus par le § 2 de l'art. 4 L. 27 mai 1885 » (2). Il faut ajouter que la loi nouvelle exclut aussi les expulsés et ceux qui ont fait l'objet d'une assignation à résidence tant que l'arrêté pris à leur encontre n'a pas été rapporté (art. 65) (3).

L'*assimilation* de l'impétrant doit enfin être établie, décide l'article 69 sans autre spécification que « notamment par une connaissance suffisante selon sa condition de la langue française ». L'idée, incontestable en elle-même, se ramène à une simple directive à l'administration, sans sanction bien précise. L'assimilation fera l'objet d'un procès-verbal du maire (art. 116. D. 2 nov. 1945).

2° L'*âge de dix-huit ans* (art. 66 C. Nat.) a été requis par la loi de 1927. Auparavant la naturalisation, vu sa gravité, n'était ouverte qu'aux majeurs; le législateur a voulu permettre aux impétrants de suivre au point de vue militaire leur classe d'âge (Niboyet, I, n. 277).

Le mineur présente sa demande lui-même et sans autorisation (art. 67): la faveur à la naturalisation s'est manifestée par une extension de la règle admise pour les options de nationalité, alors cependant que les

(1) Il prévoit d'ailleurs deux exceptions, dont l'une sera indiquée à propos de l'article 64-9°, et dont l'autre vise ceux « dont l'infirmité ou la maladie a été contractée au service ou dans l'intérêt de la France ». En ce cas, et sauf pour les pensionnés de guerre, la naturalisation ne sera accordée qu'après avis conforme du Conseil d'Etat sur le rapport du Garde des Sceaux.

(2) Le texte précise que la condamnation, non effacée par la réhabilitation, à l'emprisonnement doit avoir été encourue pour une infraction de droit commun sanctionnée en droit français par une peine criminelle ou un emprisonnement correctionnel. L'alinéa 2 prévoit les condamnations prononcées à l'étranger: elles pourront ne pas être retenues, mais le décret de naturalisation sera alors pris sur avis conforme du Conseil d'Etat.

(3) Et la résidence en France pendant les effets de l'arrêté rapporté sera décomptée du stage requis (art. 65, al. 2).



113. A. Conditions de fond. Contrôle de dignité, âge et stage. — La naturalisation n'était subordonnée traditionnellement qu'à deux conditions de fond, l'une d'âge, l'autre de stage. La loi française n'a jamais exigé que le candidat à la naturalisation perdît sa nationalité antérieure au regard de la loi qui la lui conférait (v. sur le droit comparé en sens différents, Ancel, *Le changement de nationalité*, p. 243). Le Code de 1945 a ajouté aux conditions antérieures un contrôle de dignité portant sur la santé du candidat à la naturalisation, sa moralité et son degré d'assimilation; il sera envisagé tout d'abord.

1° L'examen *médical* répond à la préoccupation justifiée de ne pas aggraver inutilement l'état physique de la collectivité française, déjà suffisamment sujet à caution. L'article 70 l'institue en termes appropriés à l'encontre de ceux qui seraient une *charge* ou un *danger* pour la collectivité, et spécifie avec raison l'effet éliminatoire des maladies mentales (1).

La *moralité* de l'impétrant sera un obstacle (art. 68) s'il est constaté qu'il n'est pas de « bonne vie et mœurs », ce qui n'ajoute guère au pouvoir traditionnel d'appréciation de l'administration, ou, innovation plus positive, « s'il a fait l'objet soit d'une condamnation supérieure à une année d'emprisonnement... soit d'une condamnation... pour l'un des délits prévus par le § 2 de l'art. 4 L. 27 mai 1885 » (2). Il faut ajouter que la loi nouvelle exclut aussi les expulsés et ceux qui ont fait l'objet d'une assignation à résidence tant que l'arrêté pris à leur encontre n'a pas été rapporté (art. 65) (3).

L'*assimilation* de l'impétrant doit enfin être établie, décide l'article 69 sans autre spécification que « notamment par une connaissance suffisante selon sa condition de la langue française ». L'idée, incontestable en elle-même, se ramène à une simple directive à l'administration, sans sanction bien précise. L'assimilation fera l'objet d'un procès-verbal du maire (art. 16. D. 2 nov. 1945).

2° L'*âge de dix-huit ans* (art. 66 C. Nat.) a été requis par la loi de 1927. Auparavant la naturalisation, vu sa gravité, n'était ouverte qu'aux majeurs; le législateur a voulu permettre aux impétrants de suivre au point de vue militaire leur classe d'âge (Niboyet, I, n. 277).

Le mineur présente sa demande lui-même et sans autorisation (art. 67): la faveur à la naturalisation s'est manifestée par une extension de la règle admise pour les options de nationalité, alors cependant que les

(1) Il prévoit d'ailleurs deux exceptions, dont l'une sera indiquée à propos de l'article 64-9°, et dont l'autre vise ceux « dont l'infirmité ou la maladie a été contractée au service ou dans l'intérêt de la France ». En ce cas, et sauf pour les pensionnés de guerre, la naturalisation ne sera accordée qu'après avis conforme du Conseil d'Etat sur le rapport du Garde des Sceaux.

(2) Le texte précise que la condamnation, non effacée par la réhabilitation, à l'emprisonnement doit avoir été encourue pour une infraction de droit commun sanctionnée en droit français par une peine criminelle ou un emprisonnement correctionnel. L'alinéa 2 prévoit les condamnations prononcées à l'étranger: elles pourront ne pas être retenues, mais le décret de naturalisation sera alors pris sur avis conforme du Conseil d'Etat.

(3) Et la résidence en France pendant les effets de l'arrêté rapporté sera décomptée du stage requis (art. 65, al. 2).



mêmes raisons ne se retrouvaient pas (n. 107). Dans le cas exceptionnel où l'impétrant peut être âgé de moins de dix-huit ans (art. 64 v. *infra*, n. 115), il sera habilité conformément aux articles 53 et 54, généralisation qui, elle, s'explique sans difficulté (1).

3° Le stage de droit commun, qui est la meilleure présomption d'assimilation, est fixé à cinq ans de « résidence habituelle » en France (art. 62). L'expression de résidence, déjà adoptée en 1889, vise à éliminer toute discussion sur le droit de l'étranger à un domicile en France (2); l'adjectif « habituel » est sans doute mieux adapté que le « non interrompu » du texte de 1927; il consacre pour la naturalisation la jurisprudence qui éclaire l'article 44 (n. 105).

Le code de 1945 énonce comme distincte la condition de résidence en France au jour de la signature du décret de naturalisation (art. 61); elle n'est que le complément naturel de la condition de stage requise jusqu'au jour du dépôt de la demande.

La résidence en France doit satisfaire aux règles sur le séjour des étrangers (art. 79) et on lui assimile certains séjours à l'étranger (art. 78), ainsi qu'il a été vu pour l'article 44 (n. 105). Mais le stage aux colonies, dans les pays de protectorat ou sous mandat n'est pas retenu comme pour l'article 44, parce que le défaut de lien de l'impétrant avec la France exige plus de précautions (R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 52).

114. **Réductions de stage.** — Le stage ainsi défini est réduit à deux ans (art. 63) dans quatre cas.

1<sup>er</sup> cas. *Services rendus.* — L'impétrant bénéficie de la réduction « s'il a rendu des services importants à la France, tels que l'apport de talents artistiques, scientifiques ou littéraires distingués, l'introduction d'industries ou d'inventions utiles, la création en France d'établissements industriels ou d'exploitations agricoles » (art. 63-3°). Cette énumération identique en substance et sauf une soustraction qu'on retrouvera (art. 64-8°), à celle de la loi de 1927, ne fait que paraphraser, pour guider l'administration, la formule assurément élastique des « services rendus »; l'administration doit évidemment pouvoir naturaliser rapidement des candidats individuellement dignes d'intérêt; mais la règle, qui figurait à peu près telle quelle dans la loi de 1889, inspirée elle-même de la loi de 1867, a perdu beaucoup de son intérêt entre 1927 et 1945 par la réduction à trois ans du stage de droit commun. Le report à cinq ans de ce stage restaure utilement la différence des deux durées malgré la décroissance de leur rapport.

2<sup>e</sup> cas. *Diplômes d'études supérieures.* — Peut également être naturalisé après deux ans de stage l'étranger qui « est titulaire d'un diplôme

(1) On a émis l'idée que les femmes mariées devaient obtenir « l'assentiment » de leur mari parce que celui-ci, chef de la famille, ne pouvait rester étranger à ce changement de nationalité. (Niboyet, I, p. 276; v. la circulaire du 19 févr. 1938). Cette raison paraît effectivement fondée, mais en opposition avec la pleine capacité civile de la femme mariée. Sur le problème antérieur à 1938 v. Ancel, R. 1934.595 et Caen 13 juin 1932, R. 1934.899 note Ancel, R. 1935.107, note J. P. N.; Seine 8 mai 1936, R. 1937.456, note Ancel.

(2) Ces discussions, que la suppression de l'admission à domicile en 1927, avaient éliminées, étaient ressuscitées du fait du D. 12 nov. 1938 (n. 182) abrogé le 2 nov. 1945.



122 NATIONALITE

d'Etat d'études supérieures délivré par une Université, une Faculté ou un établissement d'enseignement supérieur français » (art. 63-2°). L'idée, adoptée en 1927, que la formation intellectuelle française présume l'assimilation a certes du vrai, mais on objecte que nous avons plus besoin de travailleurs manuels que d'intellectuels, les professions que visent ces derniers, déjà encombrées d'ailleurs, devant rester aux mains des Français (en ce sens Lerebours-Pigeonnière, n. 93; Niboyet, I, p. 281). La disposition paraît bien être restée lettre morte entre 1927 et 1945 parce qu'il n'y a pratiquement pas de diplômes d'Etat d'études supérieures obtenus après deux ans d'études seulement. L'allongement du stage de droit commun à cinq ans, lui donnera peut-être plus d'intérêt (1).

3° cas. *Conjoint d'un Français.* — La réduction de stage profite aussi à « l'étranger marié à une Française » (art. 63-1°). La règle, qui existait dans l'ancien article 8-5° C. Civ., a pris une importance nouvelle du fait que depuis 1927 la loi maintient sa nationalité à la Française qui épouse un étranger et déclare Français ses enfants nés en France, cherchant à consacrer en droit la nationalité française de fait du foyer fondé par l'étranger sur notre sol: il s'impose de faciliter au chef de famille sa naturalisation. La rédaction du texte permet d'ailleurs de l'appliquer même au cas où la Française deviendrait étrangère par son mariage (2). Mais le législateur de 1945 a exclu le cas, antérieurement admis, de l'étrangère mariée à un Français parce que dans le système actuel son mariage lui fait acquérir d'office la nationalité française; si elle ne l'a pas acquise c'est en vertu d'un refus exprès de sa part ou pour indignité, elle ne mérite en l'un et l'autre cas aucune faveur (cf. R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 52).

4° cas. *Naissance en France.* — La réduction de stage s'applique enfin à « l'étranger né en France ». Il s'agit là d'un vestige: l'ancien article 9 C. Civ. permettait à cette catégorie d'étrangers de réclamer la nationalité française; à son abrogation en 1927, vu son peu d'utilité (n. 104), le législateur eut scrupule de priver les intéressés de toute faveur; celle qu'il leur accorde leur profite d'ailleurs à tout âge alors que l'article 9 devait être invoqué avant 22 ans.

Au total les réductions de stage s'appliquent très rarement: en 1934 sur 15.283 naturalisations 8 avaient été accordées en vertu de cette faveur.

115. *Dispenses de stage.* — La dispense de stage, qui emporte traditionnellement dispense de toute condition d'âge (art. 66) mais im-

(1) Tranchant les discussions soulevées par la formule de 1927 « diplômes délivrés par les Facultés françaises » (v. Beudant, II, n. 116; Niboyet, I, p. 282), la loi nouvelle donne des précisions dont résultent l'exclusion des diplômes d'université et du baccalauréat, mais l'admission des diplômes des grandes Ecoles.

(2) La Chancellerie peut dans ce cas subordonner la naturalisation du mari à la demande de réintégration de la femme. Cette éventualité paraît rendre préférable le système en vigueur à la réclamation, sauf indignité, suggérée par M. Niboyet (I, p. 283) au profit du conjoint étranger.



plique cependant la résidence en France au jour de la naturalisation (art. 61) est prévue dans quatre groupes de cas (1).

116. 1<sup>er</sup> groupe. Parent français ou l'ayant été. — Sont dispensés de tout stage (art. 6-3°):

a) L'individu « dont l'un des parents a perdu la qualité de Français » (art. 64-5°). Il s'agissait essentiellement autrefois dans cette catégorie, que l'ancien article 10 C. Civ. assimilait même à celle de l'article 9, des enfants de Françaises devenues étrangères par leur mariage. Mais le Code de 1945 spécifie que le parent doit avoir perdu sa nationalité française « pour une cause indépendante de sa volonté »: il enlève donc à cette disposition son domaine le plus pratique, puisque la Française ne devient étrangère par son mariage que sur son option expresse; ce désir d'une unité de nationalité dans le ménage méritait-il que les enfants fussent regardés comme issus d'une suspecte? On ne peut au contraire qu'approuver l'exclusion de ceux dont le parent a été déchu de la nationalité française (2).

b) « L'étranger adopté par une personne de nationalité française » (art. 64-6°). On a vu (n. 93) que cette faveur, instituée par la loi du 25 juin 1937, et qui rapproche conformément à l'esprit de la loi le parent adoptif du parent du sang, est le seul effet de l'adoption ordinaire sur la nationalité, en dehors de la réclamation de l'article 52 qui n'est ouverte qu'aux mineurs (3).

117. 2<sup>e</sup> groupe. Conjoint ou parent devenu Français. — La naturalisation sans stage est ouverte aux membres de la famille de l'étranger devenu Français qui ne sont pas compris dans les effets collectifs de l'acquisition de la nationalité française à savoir: 1° sa femme; 2° ses enfants majeurs (art. 64-4°); 3° ses enfants mineurs mariés ou qui auraient servi dans les armées de leur pays d'origine (art. 64-3°). Le Code de 1945, qui élimine heureusement les difficultés d'interprétation de l'article 7 de la loi de 1927, a ajouté très justement l'enfant légitime de l'étrangère qui se fait naturaliser du vivant du père (art. 64-1°, avec la transposition ordinaire à l'enfant naturel en relation avec l'art. 84, art. 64-2°).

(1) La suppression de toute condition de domicile ou résidence en France, mais non d'âge d'ailleurs, se trouve dans la loi (à objet limité dans le temps) du 3 février 1939 autorisant la naturalisation de certains protégés français (cf. déjà la loi du 31 juil. 1925 sur la naturalisation des protégés français de Turquie). L'ancien régime avait toujours maintenu la condition de résidence, il exigeait même sa persistance après la naturalisation pour que celle-ci conservât ses effets, v. Bolzet, thèse Paris 1943, p. 71, 198. Elle a été supprimée par la loi soviétique du 22 avril 1931, permettant aux agents diplomatiques russes de naturaliser des étrangers non résidents. V. Sandifer, *Soviet Citizenship*, *Am. J. of int. law* 1936.614.

(2) Il convient de signaler ici la disparition de toute faveur aux descendants des proscrits de l'Edit de Nantes. La loi des 9-15 déc. 1790 leur avait accordé un droit à devenir Français, la loi de 1889 le subordonna à l'obtention d'un décret spécial, celle de 1927 en fit une simple naturalisation sans condition de stage, le Code de 1945 met le point final à une évolution qui d'un honorable souci de justice, avait abouti à une règle qui ne correspondait plus à aucune réalité, et qui n'était même pas sans dangers, beaucoup de proscrits ayant fait souche dans des pays devenus ennemis de la France.

(3) La loi ajoutait antérieurement l'enfant né d'une Française à l'étranger (ou du parent naturel connu le second). Le nouvel article 19 a rendu cette disposition inutile.



### 118. 3<sup>e</sup> groupe. Services exceptionnels ou mérites particuliers.

— Le Code de 1945 a ajouté trois nouveaux cas de dispense de stage.

a) Il s'agit tout d'abord de « *l'étranger qui a rendu des services exceptionnels* à la France ou celui dont la naturalisation présente pour la France un intérêt exceptionnel » (art. 64-9°). On conçoit que la dispense de tout stage puisse être utile en certains cas, mais alors la réduction du stage à deux ans pour services rendus de l'article 63-3° n'a plus grand sens. Existe-t-il un critère de distinction entre les services ordinaires et les services exceptionnels? Il est vrai que dans le cas de l'article 64-9° le décret de naturalisation sera pris après avis conforme du Conseil d'Etat sur le rapport du Garde des Sceaux, et sans contrôle médical (art. 69) ce qui conserve un intérêt à l'article 63-3°, exempt de ces exigences; mais cette législation paraît plus compliquée qu'il ne conviendrait eu égard au nombre infime des cas en jeu (ci-dessus n. 114).

b) L'article 64-8° vise d'autre part les *services militaires* de celui « qui, en temps de guerre, a contracté un engagement volontaire dans les armées françaises ou alliées ou celui qui a servi dans une unité de l'armée française et à qui la qualité de combattant a été reconnue conformément aux règlements en vigueur ». Une disposition analogue, quoique plus étroite en 1889, plus large en 1927, figurait dans les textes antérieurs avec la réduction de stage pour services rendus. La dissociation opérée par le Code de 1945 appelle la même critique de complication que la disposition précédente (1).

c) La dispense de stage profite enfin au « *père de trois enfants mineurs légitimes* » (art. 64-7°). La faveur est explicable mais peut-être excessive. Le droit antérieur appelait la simplification, non la complication.

### 119. 4<sup>e</sup> groupe. Réintégration dans la nationalité française. —

La réintégration des anciens Français dans la nationalité française, qui a été un droit, peut-être trop généreux, jusqu'en 1889 pour l'ancienne Française devenue veuve après son mariage avec un étranger, ne diffère plus substantiellement depuis 1927 des naturalisations sans condition de stage (2). On conçoit en effet que la faveur de la loi pour l'ancien Français ne dispense pas de tout contrôle.

Le Code de 1945 qui précise que l'impétrant doit prouver avoir été Français (art. 74) refuse cependant, non sans raison, la réintégration à

(1) L'article 10 de l'ordonnance de promulgation prévoit au surplus la même faveur durant les cinq ans suivant la cessation des hostilités pour les étrangers ayant « pris une part active à la résistance », un décret devant définir cette expression. Cf. aussi la loi du 5 août 1914 sur les engagés pour la durée de la guerre.

(2) L'interprétation et la combinaison des articles 18 et 19 C. Civ. avaient d'ailleurs donné lieu à diverses difficultés aujourd'hui sans objet. La loi de 1927 subordonnait déjà la réintégration à la simple *résidence*, en France, tandis que la naturalisation sans stage impliquait le *domicile*. La différence est éliminée par le Code de 1945. La loi de 1927 a abrogé l'article 21 C. Civ. qui refusait la réintégration à celui qui avait pris du service dans une armée étrangère : le gouvernement appréciera. V. R. Drouillat, *De la réintégration*, in *La Nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain*, p. 295.



celui qui a été déchu de la nationalité française (art. 75-1°) et à celui, du sexe masculin, qui l'a répudiée (art. 75-2°) (1).

Mais il faut surtout souligner que le réintégré échappe au contrôle de santé, de moralité et d'assimilation nouvellement institué en 1945 et aux incapacités qui frappent le naturalisé (2).

Les différents cas de naturalisation sans stage sont d'application rare (v. les chiffres cités par M. Niboyet, I, n. 245, 414) mais répondent dans l'ensemble à une utilité plus réelle, tant par leur extension que par leur effet, que les cas de réduction de stage (à l'exception sans doute de celui du conjoint d'un Français).

## 120. B. Conditions de forme. Procédure de la naturalisation.

— La naturalisation est accordée par décret après une enquête diligentée par le préfet qui reçoit la demande adressée au ministre (3); le décret du 2 novembre 1945 (art. 15) indique que « l'enquête doit permettre au ministre d'apprécier si la faveur sollicitée est justifiée au point de vue national en raison notamment de la situation de famille, de la nationalité d'origine et de la profession de l'intéressé, ainsi que de la durée de son séjour en France et des renseignements fournis sur ses résidences antérieures à l'étranger ». (Cf. la formule plus brève du D. 10 août 1927, art. 2). Le préfet donne avis de la demande au maire de la résidence de l'impétrant pour qu'il convoque ce dernier, constate son degré d'assimilation, notamment quant à la connaissance de la langue française, et en dresse procès-verbal dans les 30 jours de la demande (art. 16, D. 2 nov. 1945); le préfet désigne ensuite un médecin pour l'examen médical (art. 17), et il doit transmettre le dossier au ministre dans les six mois de la demande, avec son avis motivé tant sur sa recevabilité que « sur la suite qu'elle paraît comporter » (art. 18) (4).

(1) Encore faut-il souligner que l'exclusion est levée si le déchu a été réhabilité de la condamnation génératrice de la déchéance, ou si le répudiant a accompli ou peut accomplir ses obligations militaires (art. 75). L'article 76 excepte encore de l'exclusion ceux qui répondent aux conditions des articles 64-8° et 64-9°, moyennant la procédure prévue dans ce dernier cas, semble-t-il, par ce dernier texte.

(2) La solution résulte de l'art. 81 C. Nat. étant donnée la terminologie adoptée (cf. art. 11 L. 1927). Mais le réintégré est assimilé au naturalisé quant aux obligations militaires (L. 31 mars 1928, art. 13). Les effets collectifs de la réintégration sont les mêmes a fortiori que ceux de la naturalisation, et la loi nouvelle élimine encore ici les difficultés d'interprétation des textes anciens; elle permet notamment d'admettre (art. 84, v. *infra*, n. 123) qu'il faut traiter les enfants mineurs du réintégré comme leur père, c'est-à-dire les soustraire aux incapacités qui frappent les naturalisés, parce que, bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes des réintégrés, ils sont Français en vertu de la même cause que leur père, donc selon les mêmes modalités. (En ce sens antérieurement à 1945, Maury, *Rép.* n. 556; Louis-Lucas, *La nationalité française*, n. 292; Niboyet, I, n. 423). La femme et les enfants majeurs sont au contraire des naturalisés à traiter comme tels (Sic Maury, Louis-Lucas, *loc. cit.*; contra Niboyet, I, n. 420; Valéry, *La nationalité française*, n. 153).

(3) Art. 13 et 14, D. 2 nov. 1945; ces textes indiquent aussi les autorités qualifiées pour recevoir la demande aux colonies et à l'étranger. Les attributions du Ministre de la Justice sont passées pour partie au Ministre de la Population en vertu du décret du 24 déc. 1945 v. sur la répartition, Loisel, G. P. 10 avril 1946.

(4) Le préfet ne saurait donc rejeter la demande qui lui paraîtrait certainement irrecevable en droit : Cons. d'Etat 9 nov. 1925, G. P. 1926.193. Les articles 19, 20 et 21 fixent les formalités et les délais à l'étranger, aux colonies et sous les drapeaux. Le montant des droits de chancellerie a été fixé à 30.000 francs par l'ordonnance du 20 janv. 1945, sauf dispense. La chancellerie « réclame le plus souvent à un célibataire sans enfant qui n'a accompli aucun service militaire des droits équivalents au douzième de son salaire ou de ses ressources annuels ». (Circ. aux préfets du 10 nov. 1945).



Si le ministre estime la demande irrecevable, sa décision, notifiée à l'intéressé, doit être *motivée*: cette heureuse innovation du Code de 1945 permettra de déférer ces décisions au Conseil d'Etat (1).

Mais si la demande est écartée en vertu du pouvoir discrétionnaire du gouvernement d'en apprécier l'opportunité, le rejet est notifié *sans motifs* (art. 115 C. Nat.), et le Conseil d'Etat ne saurait donc en être saisi (Cons. d'Etat 21 juil. 1922, R. 1922-23.323, note Niboyet): le gouvernement reste seul juge de l'opportunité.

L'octroi de la naturalisation intervient par un décret qui peut « franciser », par modification d'orthographe, le *nom* du naturalisé sur la demande de ce dernier, s'il est difficile à prononcer (art. 34, ord. 2 nov. 1945) (2). Le décret doit être publié au *Journal Officiel*, mais produit ses effets à la date de sa signature sous la réserve des actes passés par l'intéressé dans l'intervalle et des droits des tiers fondés sur son extranéité (art. 110) (3).

Le décret de naturalisation peut être *rapporté* dans trois cas.

1° S'il apparaît postérieurement que « l'intéressé ne remplissait pas les conditions requises par la loi pour pouvoir être naturalisé ou réintégré, le décret peut être rapporté dans le délai d'un an à partir du jour de sa publication » (art. 111). Le Conseil d'Etat admettait antérieurement, en l'absence de textes, le retrait du décret par l'administration dans le délai du recours pour excès de pouvoir. Le texte nouveau assez rigoureusement ne réserve pas les droits acquis dans l'intervalle malgré la rétroactivité du rapport: les tiers sont censés en mesure de déceler l'erreur commise par l'administration.

2° « Lorsque l'étranger a sciemment fait une fausse déclaration, présenté une pièce contenant une assertion mensongère ou erronée, ou employé des *manœuvres frauduleuses* à l'effet d'obtenir la naturalisation ou la réintégration, le décret intervenu peut être rapporté par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat. L'intéressé dûment averti à la faculté de produire pièces et mémoires. Le décret de retrait devra intervenir dans le délai de *deux ans* à partir de la découverte de la fraude » (art. 112). La loi réserve les droits des tiers, ici censés trompés par la fraude, donc qu'il faut supposer de bonne foi (Boulbès, S. 1946.5.201, note 92; cf. D. 12 nov. 1938). Le Conseil d'Etat avait antérieurement admis sans condition de délai le retrait du décret pour fraude (12 avril 1935, *Rec. Lebon* 520); le décret du 12 novembre 1938 l'avait enfermé dans un délai de dix ans.

3° Si le décret a été rendu à la suite d'une *convention* conclue en

(1) Le D. 2 nov. 1945 prévoit aussi que le ministre peut ajourner la demande en la soumettant à certaines conditions (art. 24). Si l'irrecevabilité est déduite de l'état de santé de l'impétrant, elle ne sera prononcée qu'après avis d'une commission médicale dont la composition est fixée par le D. 2 nov. 1945, art. 22.

(2) V. les commentaires de ce texte par M. B. P. au S. 1946.5.86; Aymond, J. C. P. 1946.523.

(3) Sur le point de savoir si ce système est conforme ou dérogatoire au droit commun des règles administratives sur la nécessité de publier les décrets individuels et le point de départ de leurs effets, cf. Maury, *Rép.* n. 408, et Boulbès, S. 1946.5.201 n. 90. La jurisprudence antérieure admettait la nécessité de la publication (Civ. 16 juil. 1894, S. 94.1.457, J. 94.1023) et en faisait partir les effets du décret (Paris 2 mars 1938, R. 1938.235).



vue d'en faciliter l'obtention, il sera rapporté dans le délai d'un an à partir du jugement de condamnation pour les manœuvres convenues (art. 114). Le rapport est ici obligatoire; les manœuvres illicites, prévues et réprimées correctionnellement par l'article 113, consistent à offrir ou accepter de prêter son entremise auprès de l'administration pour obtenir la naturalisation. La répétition des sommes versées en vertu de cette convention illicite est expressément prévue par l'article 114, conformément à la tendance moderne de la jurisprudence.

On pourrait aussi admettre un recours pour excès de pouvoir contre un décret prétendu illégal (v. la circulaire du 14 août 1927; Niboyet, I, n. 25 et les références), mais les intéressés à une pareille procédure étant très rares ne se révèlent qu'après l'expiration des délais, et la jurisprudence n'en offre pas d'exemple. Les tribunaux judiciaires, par contre, se refusent à contrôler la légalité du décret de naturalisation (Civ. 6 juil. 1922, S. 1923.1.5, R. 1922-23.444; Civ. 5 fév. 1929, S. 1930.1.81, note Audinet; Req. 1<sup>er</sup> avril 1930, J. 1931.385), parce qu'il constitue « un acte administratif individuel et spécial » (Rapport du Cons. Colin, S. 1923.1.10) (1).

## § 2. — EFFETS DE LA NATURALISATION.

121. A. **Effets personnels de la naturalisation.** — Le naturalisé acquiert la qualité de Français, il bénéficie donc désormais des droits et est soumis aux obligations qui en résultent (art. 81 C. Nat.). Mais il ne faudrait pas que la tardivité de son entrée dans la communauté nationale lui conférât un privilège en ce qui concerne la plus lourde des obligations qui incombent aux Français, le service militaire. Aussi la loi du 31 mars 1928 sur le recrutement de l'armée l'astreint-elle (art. 13) à l'accomplissement du service actif; néanmoins il ne sera pas retenu sous les drapeaux au delà de l'âge de 30 ans (s'il n'a pas d'enfant, 28 ou 27 s'il en a un ou deux); d'autre part on déduit du temps de service qu'il doit celui qu'il a effectué à l'étranger (2).

122. **Incapacités des naturalisés.** — Au principe que le naturalisé jouit des mêmes droits que les Français d'origine, une série de dispositions récentes ont apporté des dérogations d'importance croissante. Bien que l'ancien droit en ait connu quelques-unes, notamment dans l'exclusion du maniement des deniers royaux (3), le Code civil n'en avait pas

(1) M. Laferrière suggère (*Des voies de recours contre les décrets en matière de nationalité*, R. 1924.188) que les intéressés pourraient cependant soulever devant la juridiction civile la question préjudicielle et, le tribunal surseoyant à statuer, introduire devant le Conseil d'Etat le recours en appréciation de validité, qui n'est soumis à aucun délai. Signalons que la loi du 22 juil. 1940, modifiée le 21 mars 1941, avait ordonné la révision de toutes les acquisitions de la nationalité française depuis le 10 août 1927.

(2) Sont dispensés de tout service actif ceux qui ont servi entre le 2 août 1914 et le 11 nov. 1918 dans la légion étrangère ou les armées alliées ou associées. Cf. aussi le décret du 9 avril 1940 sur l'égalité des charges en temps de guerre.

(3) V. Niboyet, I, p. 310, note 3. Déjà en Grèce le naturalisé n'a pas la plénitude des droits politiques : il ne peut prétendre à l'archontat ni au sacerdoce (Jardé, *La formation du peuple grec*, p. 310).



établi. La loi de 1889 déclara les naturalisés inéligibles au Parlement pendant dix ans; en 1927 l'exclusion fut étendue à tous « mandats électifs ». La loi du 19 juillet 1934 y ajouta l'exclusion pendant la même durée des fonctions publiques rétribuées par l'Etat, des offices ministériels et du barreau. Enfin le décret du 12 novembre 1938 enleva même aux naturalisés le droit de vote pendant cinq ans. Le Code de 1945 a légèrement atténué ces rigueurs. Les incapacités ainsi instituées concernent donc l'électorat, l'éligibilité, et l'accès aux fonctions publiques (1).

Le naturalisé ne devient électeur qu'après cinq ans, et éligible qu'après dix ans (art. 81-2° et 1°). Les élections dont le naturalisé est ainsi exclu sont toutes celles pour lesquelles la qualité de citoyen français est exigée. On n'hésitait pas, même avant cette précision, à englober avec la Chancellerie dans les « mandats électifs » refusés au naturalisé ceux des élus aux corps professionnels tels que les tribunaux de commerce, les chambres d'agriculture ou les associations syndicales de propriétaires (v. *Rép. min. R.* 1927.311).

L'accès aux fonctions publiques « rétribuées par l'Etat » aux offices ministériels et au barreau, refusé pour dix ans au naturalisé par la loi du 19 juil. 1934, ne l'est plus que pour cinq ans (art. 81-3°). Mais cf. n. 171 (2).

Le Code de 1945, élargissant les exemptions antérieures, en les appliquant à l'ensemble de ces incapacités, décide que ces dernières cessent: 1° pour celui qui a accompli le service de sa classe d'âge dans l'armée française (art. 82-1°); 2° pour celui qui a accompli 5 ans de service militaire dans l'armée française (art. 82-2°, L. 28 août 1936); 3° pour celui qui justifie des services militaires définis par l'article 64-8° (engagement en temps de guerre ou qualité de combattant dans l'armée française, art. 82-2° et 3°; cf. déjà L. 15 sept. 1942); 4° pour celui qui bénéficie d'un décret de dérogation pris dans les cas et selon les formalités de l'article 64-9° (services exceptionnels) (3).

Ces différentes incapacités frappent, en principe, conformément aux règles générales des conflits dans le temps (n. 89), les étrangers naturalisés avant la loi qui les a instituées. La confirmation s'en trouve dans les diverses mesures qui ont apporté à ce principe rigoureux des atténuations

(1) On trouve aussi quelques incapacités d'objet plus réduit dans des lois plus particulières, v. l'ord. 24 sept. 1945 (art. 3-3°) sur l'organisation des professions médicales (dont l'art. 72 abroge la loi du 26 juil. 1935 sur l'exercice de la médecine); le décret du 29 juil. 1939 (art. 51) sur les prêts aux jeunes ménages ruraux, refusés aux naturalisés depuis moins de cinq ans.

(2) Le décret du 28 mai 1946, art. 2, y assimile la profession de banquier. Sur la définition des fonctions publiques visées, v. l'avis du Conseil d'Etat du 27 déc. 1934, R. 1936.438. *Adde Rep min. J. Off.* 6 nov. 1936, Deb. ch., p. 2.945, n. 968; et Crim. 28 févr. 1936, R. 1936.677, note J.-P. N., G. P. 1936.1.677. On a expliqué cette innovation de la loi du 19 juil. 1934 par la nécessité d'empêcher le naturalisé de s'imposer à l'administration dans les fonctions recrutées au concours. Mais elle s'explique aussi bien par la volonté du législateur de ne pas laisser l'administration libre de choisir ses fonctionnaires parmi les naturalisés. Les officiers ministériels, s'ils ne sont pas proprement fonctionnaires, ne sont pas rétribués par l'Etat, mais comme les avocats sont les auxiliaires d'un service public. Les fonctions rétribuées par les départements, les communes ou les colonies ont paru, à tort peut-être (v. Niboyét, I, n. 259), moins importantes.

(3) Cf. aussi l'art. 10 de l'ordonnance de promotion sur les naturalisés ayant pris part à la résistance, la loi du 25 avril 1939 sur les naturalisés originaires des protectorats, le D. 12 nov. 1939 sur les originaires des colonies. Ces derniers textes sont à regarder comme abrogés (En ce sens Maury, J. C. P. 1946.514, note 62).



bienveillantes (1), et c'est ainsi que l'ont compris le Conseil d'Etat (avis du 27 déc. 1934, R. 1936.438) et la jurisprudence: Paris 25 janv. 1935, S. 1935.2.52, R. 1935.387; Colmar 30 oct. 1935, R. 1936.107.

On se rappelle que les *réintégrés* échappent à ces incapacités (n. 119), et il est permis d'exprimer quelques réserves sur la voie qu'elles ouvrent. Certaines précautions générales contre le défaut d'assimilation, comme celles qui ont été prises jusqu'ici, sont à la rigueur admissibles, mais une extension nouvelle de leur domaine tendrait à créer deux catégories de Français contrairement à l'homogénéité de la nation, donc à la véritable politique d'assimilation. Mieux vaudrait retarder la naturalisation dans les cas douteux que d'offrir une qualité de seconde zone. La Cour de cassation en tous cas a déduit une conséquence significative de cette évolution en admettant qu'un naturalisé pouvait réclamer la nationalité française à un autre titre, en l'espèce le traité de Versailles, qui lui assurait la « situation juridique différente » de Français d'origine (Req. 27 juil. 1938, D. H. 1938.564, S. 1938.1.291, R. 1939.89 (2)). Cette consécration d'une double catégorie de Français est sans doute dans la logique du système, mais psychologiquement regrettable (cf. Maury, J. C. P. 1946.514, n. 69); il est heureux que le législateur de 1945 ait marqué un recul à cet égard.

**123. B. Effets collectifs de la naturalisation.** — La naturalisation d'un chef de famille fait acquérir la nationalité française à ses enfants mineurs, sous certaines distinctions (art. 84 C. Nat.), et permet, le cas échéant, à sa femme et à ses enfants majeurs de solliciter leur propre naturalisation sans condition de stage (art. 64-4°).

On considère que l'assimilation constatée dans la personne du chef de famille fait légitimement présumer celle de sa femme et de ses enfants, surtout mineurs; d'autre part si la famille n'a pas de nationalité en droit, il est désirable que ses membres aient tous la même pour qu'elle en ait une en fait, ce qui ne saurait être que favorable à sa cohésion; cette cohésion elle-même se fera à son tour l'auxiliaire de l'assimilation, en étendant aux enfants la mentalité paternelle, et les enfants pourront y être plus sensibles du fait qu'ils sont traités en droit comme des Français; enfin on a justement observé que l'enracinement de la descendance du naturalisé dans la nationalité française est le but même de la politique des naturalisations (Niboyet, I, p. 320) qui en effet, sans se faire d'illusion sur l'assimilation effective de beaucoup de naturalisés, doit escompter trouver au moins dans leurs enfants de véritables Français d'origine. (V. sur l'importance numérique de ces effets collectifs les statistiques citées par M. Niboyet, I, p. 320).

(1) V. l'art. 14 c de la loi de 1927, les lois du 28 août 1936 et du 20 mai 1937 modifiant l'art. 6 L. 1927; le décret du 12 nov. 1938 a notamment soustrait à l'incapacité de voter qu'il établissait et aux incapacités instituées en 1934 les étrangers naturalisés avant le 15 nov. 1938.

(2) Cf. au contraire sur l'impossibilité de devenir Français par deux voies différentes aboutissant à la même situation Colmar 9 févr. 1937, R. 1938.220, *Rev. jur. Als. Lorr.* 1937.318, cassé, mais sur un autre point, par Civ. 29 nov. 1938, R. 1939.267. La loi du 19 juil. 1934 a été appliquée, à juste titre, il faut le concéder, aux Sarrois nonobstant l'objection spécieuse qu'aux termes du traité de Versailles « aucun obstacle » ne serait apporté à leur naturalisation: Req. 5 mars 1940, S. 1940.1.95.



Le poids de ce dernier facteur ne s'est d'ailleurs manifesté que progressivement, et c'est sans doute ce qui explique que le Code civil ait penché pour le respect de la liberté individuelle en n'attribuant à la naturalisation aucun effet collectif. La loi du 7 février 1851 accorda discrètement aux enfants du naturalisé le droit de *réclamer* la nationalité française conformément à l'article 9 C. Civ. En 1889 le pas décisif fut franchi par l'*attribution d'office* de notre nationalité, aux enfants mineurs, mais sous la réserve prudente d'une faculté de répudiation. Il ne resta plus en 1927 qu'à abroger cette faculté pour consommer sans à-coups la révolution complète du système, au moins pour les enfants mineurs (1). Le Code de 1945 consacre le résultat dans son article 84, dont les termes généraux englobent d'ailleurs, comme on l'a vu, tous les cas d'acquisition de la nationalité française au sens de la loi nouvelle, c'est-à-dire par légitimation, par mariage, ou en vertu des articles 44 ou 52.

Quant aux enfants majeurs et à la femme du naturalisé, leur droit à la nationalité française a dégénéré, en 1927, en une simple faculté de solliciter la naturalisation sans condition de stage (v. aujourd'hui art. 64-4° C. Nat.): nouvelle manifestation du souci de contrôler l'accès à la nationalité française. En fait la Chancellerie n'accorde la naturalisation que si le conjoint de l'impétrant la sollicite également.

Les *enfants mineurs* échappent à l'effet collectif de la naturalisation dans deux cas. Le premier (art. 85-1°) vise les enfants *mariés*: « rameaux détachés » de la famille, ils ne suivent plus nécessairement la nationalité de son chef (2). Le second (art. 85-2°) vise celui qui « *a servi dans les armées de son pays d'origine* »: ils sont sinon indésirables, du moins suspects. Mais ces raisons justifient que les intéressés puissent solliciter la naturalisation sans condition de stage.

Les enfants mineurs sont de plus *exclus* par l'article 86 du bénéfice de l'effet collectif dans deux autres cas: 1° quand ils ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence ou d'une mesure de refoulement (3); 2° quand le gouvernement s'est opposé en vertu de l'article 57 à leur réclamation de la nationalité française, dispositions qui se justifient d'elles-mêmes.

La *parenté génératrice* de l'effet collectif est celle du père qui se fait naturaliser ou d'une mère veuve: celle-ci devient en effet chef de fa-

(1) Les enfants des étrangers naturalisés avant 1927 ont perdu la faculté de répudiation (Sic Lerebours-Pigeonnière, 2<sup>e</sup> éd., n. 97; Audinet, R. 1928.29; Maury, Rép. n. 429; Savatier, *Lois Nouvelles*, 1927.1321, n. 55). La circulaire du 14 août 1927 laissait déjà en suspens, de manière générale, la nationalité jusqu'à la majorité. On peut préciser que la faculté de répudiation est un élément de l'organisation d'un droit, donc est soumise aux lois nouvelles, et que la répudiation, acte générateur de droit, est légitimement soumise à la loi en vigueur le jour où elle intervient.

(2) L'esprit du texte commande de l'appliquer aux veufs et aux divorcés, v. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 138. Sa lettre ne distingue pas les mineurs émancipés autrement que par le mariage. V. pour l'effet collectif à leur égard R. Boulhès, S. 1946.1201, note 69.

(3) L'arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence « non expressément rapporté dans les formes où il est intervenu ». On a vu le sens de la formule (n. 105). Le refoulement est visé par un renvoi de l'art. 86-2° à la disposition générale de l'art. 79 aux termes de laquelle nul ne peut acquérir la nationalité française s'il est en contradiction avec les règles sur le séjour des étrangers en France. Le renvoi était nécessaire parce que l'article 79 ne s'applique par lui-même qu'aux acquisitions supposant la résidence en France, ce qui n'est pas le cas de l'enfant mineur du naturalisé. L'enfant légitimé est expressément assimilé à l'enfant légitime.



131  
mille (1). On retrouve pour l'enfant naturel la transposition habituelle : l'article 84-2° vise la naturalisation du parent connu le premier ou du parent survivant (qu'omettait, on ne sait pourquoi, le texte antérieur). La loi rappelle à ce propos le principe général que la filiation se prouve selon la loi française quand elle attribue notre nationalité.

Les conséquences personnelles de l'effet collectif consistent dans l'acquisition de la nationalité française *au même titre*, décide très heureusement l'article 84, que l'auteur dont la naturalisation en est génératrice. On en déduira que l'enfant du naturalisé ordinaire est soumis aux mêmes incapacités que son auteur (v. déjà en ce sens l'avis du Conseil d'Etat du 27 déc. 1934; R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 68), tandis que l'enfant du réintégré y échappe, comme ce dernier.

Le Code de 1945 ayant d'autre part institué l'effet collectif en des termes généraux englobant, comme on l'a vu, tous les modes d'acquisition de la nationalité française, il faut en conclure que son acquisition en vertu de l'effet collectif *emporte elle-même effet collectif* sur les enfants de l'enfant mineur du naturalisé; mais comme le mineur marié échappe à l'effet collectif, il ne pourra s'agir que de ses enfants naturels (v. R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 68).

## Section II

### Effets du mariage sur la nationalité.

124. **L'évolution législative.** — Le Code civil (art. 112) attribuait à l'étrangère épousant un Français la nationalité de son mari, et regardait (art. 19) le mariage d'une Française avec un étranger comme un cas de perte de la nationalité française (2). Il exprimait ainsi la vue, indiscutée au XIX<sup>e</sup> siècle, que l'union des époux, devant être aussi totale que possible, impliquait l'unité de nationalité.

La loi du 10 août 1927, dans son article 8, a renversé le système en décidant que le mariage n'entraîne par lui-même aucun changement de nationalité au regard de la loi française, ni pour la Française qui épouse un étranger, ni pour l'étrangère qui épouse un Français, sous réserve cependant d'une option possible.

Cet important revirement a été attribué au mouvement féministe, et à l'exemple de l'étranger. La puissance réelle du premier facteur est incertaine onze ans avant la suppression de l'incapacité de la femme mariée, et le second se limitait en 1926 aux Etats-Unis et à la Russie soviétique

(1) V. l'art. 84-1°, améliorant la forme de l'expression antérieure. On ne saurait en dire autant, semble-t-il, de la mère divorcée ayant la garde de l'enfant, qui n'est pas visée au texte. V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, II, n. 139. La loi du 3 février 1939 citée p. 123 a adopté un système propre d'effets collectifs.

(2) L'article 19, calqué sur l'article 12, disposait originairement, que « la femme française qui épousera un étranger suivra la condition de son mari », comme s'il appartenait au législateur français d'attribuer une nationalité étrangère. La loi du 26 juin 1889 avait ramené la portée de la règle à ses justes limites en ajoutant : « à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari », ce qui répondait en même temps au souci d'éviter l'apatridie, et les pertes inutiles de nationaux. La règle antérieure a joué même quand la femme n'acquiesce pas la nationalité de son mari : Req. 8 avril 1946, 16 juil. 1946, S. 1947.1.129, note Boulbès.



132  
dont les conceptions paraissaient en France désagrégatives de la famille (1).

Par contre un facteur dont on sait qu'il a joué un rôle décisif dans les origines de la loi est le nombre des foyers fondés en France par des immigrés ayant épousé des Françaises. Le système ancien donnait à la femme la nationalité de son mari qui se transmettait aux enfants, alors que ceux-ci, élevés en France par une mère Française de fait, et n'ayant souvent aucun contact avec leur ascendance paternelle, étaient Français de fait. Et il était manifestement contraire à l'intérêt général que ces foyers fussent soustraits aux charges de la nationalité française, notamment au service militaire, tout en contribuant à maintenir l'idée nationale étrangère contrairement à notre politique d'absorption de l'immigration.

D'où la double innovation du maintien de sa nationalité à la Française épousant un étranger, et son attribution à ses enfants légitimes nés en France (n. 96). Il a paru nécessaire, pour éviter les difficultés diplomatiques, de décider, par corollaire, que l'étrangère épousant un Français n'acquerrait pas la nationalité française, et la réforme s'est ainsi présentée sous le jour d'une consécration objective de l'égalité des sexes. Mais l'action du facteur démographique est certaine (2) et suffit à expliquer la réforme tandis que l'efficacité du mouvement féministe est incertaine et ne saurait la justifier : une union corps et âme ne mérite plus son nom si on se refuse, sous prétexte d'indépendance, à l'unité de nationalité (3). Cette indépendance serait beaucoup mieux assurée par le célibat. La loi de 1927 peut donc être approuvée comme ayant simplement adapté à la situation démographique contemporaine le principe de l'unité de nationalité du ménage : les ménages considérés sont en réalité français et c'est par prudence qu'on n'impose pas notre nationalité au mari étranger, mais on lui facilite la naturalisation par la réduction du stage (n. 114) (4). Quant aux ménages fondés par des Français épousant des étrangères ils

(1) Sur le droit comparé, v. Calbairac, *La nationalité de la femme mariée*, thèse, Toulouse, 1926, p. 149 et s. ; A. Auburtin, *Die Staatsangehörigkeit der verheirateten Frau*, Z. für ausl. öff. u. Völkerrecht, 1936.36, qui montre les difficultés d'unification et se refuse à lier unité familiale et unité de nationalité.

(2) Retenons-en pour signe la disposition transitoire de l'article 14 a ménageant aux Françaises ayant épousé un étranger avant 1927 la faculté de recouvrer leur nationalité dans l'année : le dépôt de 40.000 demandes a été regardé par la Chancellerie comme la confirmation de ses vues.

(3) La Conférence de La Haye n'a adopté dans les articles 8, 9 et 11 de la convention du 12 avril 1930 que des dispositions tendant à éviter l'apatridie ou les cumuls de nationalité ; l'article 11 ajoute que la naturalisation du mari n'aura effet sur la femme que du consentement de cette dernière. Mais elle a émis un vœu en faveur de l'égalité des sexes en recommandant aux Etats de prendre « particulièrement en considération l'intérêt des enfants », conciliation qui paraît difficile. V. aussi la Convention de Montevideo du 26 déc. 1933, R. 1936.302, et, sur le droit comparé, Ancel, *Le changement de nationalité*, p. 262.

(4) On a aussi allégué aux origines de la réforme le cas de femmes ressortissant de puissances ennemies ayant épousé des Français pour pouvoir pénétrer en France et y pratiquer l'espionnage. Mais il serait absurde qu'une situation aussi particulière ait motivé le renversement d'un principe aussi général. La loi du 18 mars 1917 en a fait toute justice en subordonnant pour la durée des hostilités l'acquisition de la nationalité française du mari à une autorisation de la Chancellerie. On a aussi allégué qu'une Française ayant épousé un Allemand se voyait traitée pendant la guerre comme une ennemie. Mais est-il plus juste d'interner une Allemande ayant épousé un Français dont le mari, et peut-être les fils, sont mobilisés ? V. pour le tableau des inconvénients de chaque système, Calbairac, *op. cit.* p. 248 et s. qui conclut à ce point de vue en faveur de l'unité de nationalité.



ACQUISITION ET PERTE DE LA NATIONALITÉ 109

sont beaucoup moins nombreux, de sorte que la démographie française ne perd pas au change.

Ils n'ont d'ailleurs pas été perdus de vue par le législateur qui a décidé en 1927 que l'étrangère épousant un Français devenait Française si elle perdait en raison de son mariage sa nationalité: le souci d'accroître notre population concordait ici avec celui d'éviter l'apatridie, avec l'utilité de l'unité de nationalité dans le ménage, et l'absence de toute susceptibilité étrangère éventuelle. Corrélativement la Française épousant un étranger devenait étrangère si la loi de son mari lui donnait sa nationalité, *mais à condition que le ménage fixe son premier domicile à l'étranger*, réserve qui caractérise exactement toute l'économie de la loi conçue en fonction des foyers fondés par des étrangers en France.

Le décret du 12 novembre 1938 a abrogé cette double dérogation au principe nouveau, manifestement dans le souci de contrôler l'accès à la nationalité française: l'étrangère épousant un Français ne devenait plus Française que sur sa demande, qui pouvait être rejetée. Corrélativement la Française épousant un étranger ne perdait plus sa nationalité que si elle optait pour la nationalité de son mari; ce corollaire signifiait sans doute la préoccupation complémentaire de ne pas perdre trop de nationaux (1), et un souci moindre d'éviter les conflits de nationalités; peut-être a-t-on pensé aux difficultés de preuve sur la fixation du domicile (Lerebours-Pigeonnière, 4<sup>e</sup> éd., p. 130).

**125. La double règle du Code de la nationalité.** — Le Code de 1945 a rompu à nouveau avec le système existant, en maintenant d'une part (art. 94) que la Française épousant un étranger conserve sa nationalité sauf répudiation expresse, mais en décidant d'autre part (art. 37) que l'étrangère épousant un Français devient française à moins qu'elle ne décline cette acquisition (art. 37).

L'exposé des motifs allègue en faveur de l'innovation concernant les femmes étrangères, les bienfaits de l'unité de nationalité dans le ménage, et on s'est montré sceptique sur la sincérité de ce motif (Loisel, G. P. 10 avril 1946) en présence du maintien par l'article 94 de la règle antérieure pour les Françaises. Le moins qu'on puisse dire est que le principe d'unité s'est trouvé concorder avec l'intérêt public à accroître le nombre des Français, mais lui a été explicitement sacrifié (v. l'exposé des motifs) quand il lui a été contraire dans le cas de l'article 94.

Néanmoins force est bien d'observer que ce revirement, d'apparence si peu objective, consacre ce qui a été dit précédemment sur la réforme de 1927: celle-ci n'a pas entendu abandonner l'unité de nationalité dans

(1) Cette préoccupation a réapparu l'année suivante dans le décret du 19 octobre 1939, modifiant l'art. 14, L. 1927, qui octroie la faculté de réclamer leur réintégration aux Françaises veuves ou divorcées devenues étrangères de plein droit par leur mariage en vertu des dispositions abrogées en 1938. V. aussi l'art. 8. Ord. 19 oct. 1945 étendu par la L. 16 oct. 1946: L. 24 mai 1946 pour les étrangères n'ayant pas opté avant 1945. V. d'autre part la loi du 22 mai 1944 permettant pendant un an, sous certaines réserves, aux femmes suisses et espagnoles de réclamer la nationalité française pour laquelle elles avaient omis d'opter, et l'Ord. 6 janv. 1945, annulant la loi de 1944 et étendant son système à toute étrangère ayant omis d'opérer. On a aussi cité, à l'appui de la réforme, l'intérêt de certaines Françaises à ne pas perdre leur nationalité par leur mariage, par exemple pour rester fonctionnaire; mais la solution adéquate n'aurait-elle pas été une demande de réintégration soumise à l'appréciation de l'administration?



le ménage, mais l'adapter à l'état de l'immigration en France, générateur de foyers mixtes en fait français par la mère; la conservation de sa nationalité n'a été accordée en 1927 à l'étrangère épousant un Français que par un souci de correction internationale que le législateur de 1945 abandonne (1).

On hésite à l'en blâmer quand on consulte les statistiques. D'après l'Annuaire statistique de la France, la proportion des options pour la nationalité française dépassait avant 1945 50 % des mariages d'étrangers avec des Français, tandis que les options des Françaises pour la nationalité de leur mari étranger n'excédaient pas 5 % (v. Niboyet, I, p. 251 et 399). Ces chiffres n'indiquent-ils pas que l'unité de nationalité correspond au vœu des époux dans le premier cas, surtout en tenant compte de la passivité ordinaire des justiciables à l'égard des options légales, tandis que dans le second le ménage mixte est manifestement fixé en France dans la plupart des cas?

Il semble donc que la règle nouvelle, malgré son inélégance dans l'ordre international, applique objectivement le principe d'unité de nationalité à la situation démographique de la France: l'immense majorité des mariages mixtes fondent des foyers français, soit parce que le mari étant français la femme veut le devenir, soit parce que la femme l'étant le ménage se fixe en France. L'expression légale de la nationalité de droit doit évidemment être, pour correspondre aux faits, la perte de sa nationalité par la femme dans le premier cas, sa conservation dans le second.

Il est certes regrettable d'aboutir à une règle génératrice de conflits de nationalité (le décret de 1938 en élargissait déjà les possibilités), et exprimant une vue unilatérale de l'ordre international. On constate à nouveau comment le mode d'insertion de l'ordre interne dans l'ordre international influe sur la vue que chaque législateur se forme de ce dernier, dont l'état embryonnaire ne le prédispose pas à lui sacrifier son ordre national. Le législateur français témoigne cependant du souci de ménager la nécessité des relations internationales et les volontés individuelles en organisant des options dérogoires à la double règle qu'il pose aujourd'hui.

**126. Options dérogoires.** — La Française qui opte pour la nationalité de son mari doit établir qu'elle « acquiert ou peut acquérir » la nationalité de celui-ci (art. 94): la loi n'entend pas que la faculté de répudiation serve à l'apatridie, contrairement tout ensemble à l'intérêt français, à l'ordre international et à l'intérêt bien compris de la femme (2). L'étrangère épousant un Français qui, par dérogation à la nouvelle règle légale la concernant, répudie la nationalité française, doit établir symétriquement que « sa loi nationale lui permet de conserver sa nationalité de son mari doit établir qu'elle « acquiert ou peut acquérir » la nationalité de celui-ci (art. 94): la loi n'entend pas que la faculté de répudiation serve à l'apatridie, contrairement tout ensemble à l'intérêt français, à l'ordre international et à l'intérêt bien compris de la femme (2).

(1) Le projet de réforme de 1934 imposait déjà notre nationalité à la femme apatride épousant un Français. Par contre un projet de loi du 26 déc. 1935 substituait une naturalisation pure et simple à l'option de l'époque.

(2) La formule « acquiert ou peut acquérir » doit sans doute viser le cas où la loi étrangère ne donne sa nationalité à la femme que si celle-ci perd la sienne. La loi n'exige pas que le ménage se fixe à l'étranger: la préoccupation de rendre légalement Français les foyers fondés en France a cédé (v. déjà art. 8, L. 1927) devant la volonté exprimée d'unité de nationalité des époux. On ne saurait que l'approuver.



habilité » (art. 38) : il en outre l'option ne doit pas servir à l'apatridie. Mais on observera que la double règle de principe ne se soucie aucunement des annales de nationalité qu'elle peut engendrer : ce contraste est d'ailleurs traditionnel (1), et exprime la tendance constante à accroître le nombre des Français.

L'option est ouverte aux mineures sans autorisation, ainsi que le décident sans équivoque maintenant les articles 38, al. 2 et 94, al. 2 : la future épouse ayant été habilitée à contracter mariage, il faut présumer que la question de l'option a été envisagée par l'intéressée avec ses parents ou que, en toute hypothèse, capable de se marier elle est capable d'opter. On évite ainsi des formalités supplémentaires.

Cette dernière préoccupation n'a pas inspiré la loi quant à la forme de l'option : celle-ci se manifestera par une déclaration devant le juge de paix selon les règles générales des options de nationalité des articles 101 et s. (n. 109) (2). La loi de 1927 prévoyait l'option devant l'officier de l'état-civil célébrant le mariage, ce qui était plus simple et sans inconvénient pour le contrôle de la régularité puisque toutes les options sont transmises au ministre ; on a peut-être pensé que le juge de paix serait plus exact dans les transmissions, et on a sans doute cédé à un souci peu convaincant de symétrie.

L'option doit être antérieure au mariage, comme l'exigent les deux textes (art. 38 et 94, al. 1) puisqu'elle prend effet au jour du mariage (art. 37 et 94, al. 4) (3), règle justifiée, le mariage étant l'événement générateur de droit dont l'option modifie les conséquences ; il ne saurait donc être question que l'option prenne effet au jour de la déclaration.

127. Dérogations d'office pour l'étrangère épousant un Français. — Le Code de 1945, reprenant à la suite du décret du 12 novembre 1938, la politique du contrôle de toutes les acquisitions de la nationalité française, prévoit l'opposition par décret à l'acquisition de la nationalité française par l'étrangère épousant un Français (art. 39). Le décret doit intervenir après avis conforme du Conseil d'Etat dans les six mois du mariage, l'intéressée, dûment avertie, ayant eu la faculté de produire pièces et mémoires, comme dans le cas de l'article 46 (art. 109) ; la femme est alors réputée n'avoir jamais été Française, sous la réserve de « la validité des actes passés antérieurement » (4).

(1) V. l'art. 8, L. 1927. Le décret de 1938 négligeait même l'apatridie de l'étrangère qui n'optait pas pour la nationalité française alors qu'elle perdait sa nationalité antérieure. La preuve de la teneur de la loi étrangère quant à la nationalité de la femme mariée s'administrera par « un certificat délivré par les autorités du pays » étranger (art. 6 et 7 D. 2 nov. 1945 ; cf. la formule plus critiquable du D. 12 nov. 1938) ; la loi de 1927 se contentait d'un certificat de coutume.

(2) L'article 94 le spécifie pour l'étrangère ; l'article 38 est muet pour la Française, mais la généralité des termes de l'article 101 ne permet pas l'hésitation (V. R. Bouhès, S. 1946.2.501, note 39).

(3) Le Code de 1945 rétablit ici pour l'étrangère devenant française la règle rationnelle qu'avait malencontreusement écartée le décret de 1938 en décidant que la nulle qu'avait malencontreusement écartée le décret de 1938 en décidant que la nationalité française n'était acquise, sur option de l'étrangère, qu'à l'expiration du délai de six mois ouvert au gouvernement pour prendre parti sur l'option. On verra infra n. 127, le système actuel, préférable, dans le cas d'opposition du gouvernement.

(4) Le décret de 1938 avait organisé le contrôle, étant donné le principe en vigueur à l'époque de la conservation par la femme de sa nationalité, à l'encontre de



D'autre part, et selon la règle générale, l'étrangère épousant un Français ne devient pas française si elle a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence non expressément rapporté (art. 40) (1).

128. **Effets du changement de nationalité.** — La Française qui devient étrangère par option lors de son mariage avec un étranger perd la nationalité française à la date de son mariage (art. 94).

L'étrangère qui devient française par son mariage avec un Français acquiert cette qualité *sans les restrictions qui frappent les naturalisés* (art. 80 C. Nat.; en ce sens déjà l'avis du Conseil d'Etat du 27 déc. 1934, R. 1936.438); ces incapacités, déjà discutables dans leur domaine, souligneraient à contretemps la différence d'origine des époux; par mesure de prudence cependant, l'article 41 refuse à l'intéressée l'électorat et l'éligibilité durant les six mois impartis au gouvernement pour s'opposer, le cas échéant, aux effets de son mariage.

L'acquisition de la nationalité française par la femme entraîne par contre les mêmes *effets collectifs* que la naturalisation sur les enfants que la nouvelle Française pourrait avoir d'un premier lit (art. 84); la jurisprudence avait pris avant 1945 la position contraire en raison du silence des textes, bien que des cours d'appel s'y fussent refusées en raison de l'analogie avec la situation de la veuve naturalisée (2); cette analogie n'empêche cependant pas la femme qui se remarie, à la différence de la veuve naturalisée, de fonder un nouveau foyer dans lequel la place des enfants du premier lit n'est pas nécessairement marquée; quoi qu'il en soit la solution ne fait plus doute aujourd'hui en présence de la généralité des termes de l'article 84 C. Nat.

129. **Nullité du mariage. Mariage putatif.** — La nullité du mariage entraîne celle du changement de nationalité puisque ce dernier n'était admis par la loi, même sous forme d'option, qu'en cas de mariage (v. art. 42 C. Nat.).

Mais le changement ne subsiste-t-il pas si le mariage nul est déclaré putatif? On objecte que la nationalité, relevant du droit public, ne saurait compter parmi les « effets civils » du mariage maintenus en cas de bonne foi des époux par l'article 201 C. Civ. (Maury, *Rép.* n. 310; Aubry et Rau, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, I, § 74, p. 427). Mais la jurisprudence, comme

*l'option de l'étrangère et avait même cru nécessaire à cet effet de supprimer les acquisitions d'office. Le nouveau texte n'indique pas, à la différence des articles 46 et 57 les motifs de l'opposition; mais la circulaire aux préfets du 10 nov. 1945 donne comme exemples l'immoralité, l'inconduite, le défaut de loyalisme « et parfois le défaut d'assimilation ou le mauvais état de santé ».*

(1) Aucun renvoi n'étant mentionné à l'art. 79 (cf. art. 86), ce texte paraît inapplicable à la matière puisque aussi bien la résidence en France n'est pas une condition d'acquisition de la nationalité française par mariage. L'abrogation de l'art. 7 du D. 12 nov. 1938 exigeant le permis de séjour d'un an pour le mariage des étrangers simplifie la matière; il constituait une condition de plus à l'option de l'étrangère.

(2) Civ. 29 nov. 1938, G. P. 19 janv. 1939; Paris 31 mars 1939, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1940.198. En ce sens *Rép. Min. J. O.* 31 déc. 1938, Ch. p. 2.230, n. 7.742; Lerebours-Pigeonnière, n. 107; Maury, *Rép.*, n. 385. Pour la position des cours d'appel v. Niboyet, I, n. 224; Ancel, R. 1935.734; le projet de loi du 6 mars 1934, R. 1935.253; Colmar 9 févr. 1937, R. 1938.220 et les arrêts antérieurs.



la majorité des auteurs, ne s'était pas arrêtée à l'objection (1), manifestant ainsi positivement à nouveau les liens de la nationalité avec l'état des personnes.

La solution contraire a cependant été donnée par le Code de 1945 pour le mariage d'une étrangère avec un Français: le changement de nationalité est annulé même en cas de mariage putatif, sous la réserve, habituelle pour tous les cas de nullité, de la validité des actes antérieurs (art. 42) (2). On y a vu une conséquence nécessaire de ce que la nationalité relève du droit public (R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 36); mais en admettant que ce soit le droit public qui attache l'acquisition de la nationalité française au mariage, il se réfère à un mariage valable au sens du droit civil, et si le droit civil attribue au mariage nul les effets d'un mariage valable, on ne voit pas pour quelles raisons psychologiques ou d'utilité le droit public serait obligé, pour affirmer son indépendance, de se refuser à suivre le droit civil sur ce terrain.

Mais l'article 94 est muet, aussi bien d'ailleurs sur l'effet de la nullité ordinaire que sur celui du mariage putatif. Nul doute cependant que les principes ne commandent d'annuler l'option de la Française pour la nationalité étrangère de son mari si son mariage est annulé; ils commanderaient aussi de la maintenir en cas de mariage putatif, à suivre les directives précédemment admises par la jurisprudence, mais ce serait sans doute contraire à l'esprit de la loi sinon à sa lettre (3).

La dissolution du mariage par contre n'a aucun effet sur la nationalité de la femme, qu'elle intervienne par la mort du mari (Seine 7 oct. 1905, *Gaz. Trib.* 19 nov. 1905) ou par le divorce (Rabat 19 mars 1935, *Gaz. Trib. Maroc* 25 mai 1935). On a vu au contraire n. 119) que jusqu'en 1889 l'ancienne Française devenue veuve après son mariage avec un étranger avait un droit à se faire réintégrer dans la nationalité française.

(1) Crim. 18 févr. 1819, S. chr.; Alger 13 févr. 1903, J. 1904.236; Douai 1<sup>er</sup> avril 1906, D. P. 1906.2.70, note Rouast, R. 1907.75, note Calès; Lerebours-Pigeonnière, n. 164; Siboyet, I, D. 292; Planhol, Ripert et Rouast, n. 329; Valéry, Manuel, n. 206; Louis Lucas, *La nationalité française*, p. 123; de Thibouville, *J. des Notaires*, 1938.77, n. 20; Weiss, I, p. 561; Desjagnat et de Boeck, 5<sup>e</sup> éd. n. 129; v. cep. sous l'influence évidente du Code de 1945, Seine 14 déc. 1945, G. P. 27 mars 1946, J. C. P. 1946.2967, sans Plaisant.

(2) Le Code de 1945, art. 42, envisage une nullité prononcée par un jugement français ou un jugement étranger rendu exécutoire en France. Mais les jugements étrangers sur l'état des personnes ont effet en France sans exequatur du moment qu'on n'invoque pas l'autorité de la chose jugée ou la force exécutoire (n. 771).

L'art. 42 regarde les enfants issus du mariage nul, même putatif, comme des enfants naturels dont la filiation a été établie par un même acte. La conséquence s'imposait quel que soit le parti qu'on prenne sur le mode de preuve en droit civil de la filiation des enfants de cette catégorie (v. R. Boulbès, S. 1946.5.201, note 37 et les références).

(3) M. Maury, J. C. P. 1946.214 n. 83 explique le silence de la loi par l'idée qu'il appartient à la loi étrangère de dire si le mariage putatif justifie la répudiation, parce que la femme ne cesse, sur son option, d'être Française que si elle devient étrangère, or c'est la loi étrangère qui détermine si sa nationalité est acquise. Sans doute mais l'option n'est permise qu'en cas de mariage et n'appartient-elle pas à la loi française de dire s'il y a mariage valable? (Soit par ses dispositions internes, soit par ses règles de conflits de lois, mais qui ne donneront pas toujours compétence à la loi étrangère, v. *infra*, n. 430). Il semblerait en tous cas juste d'exiger que la loi étrangère maintienne à la femme sa nouvelle nationalité pour que la loi française ne perde pas l'option est subordonnée à un mariage valable (ou censé tel) et à l'acquisition d'une nationalité étrangère; en ce sens Seine 22 févr. 1907, R. 1907.150, *Nouv. Rev. de dr. int. pr.*, 1941.183. Cf. pour un conflit entre deux nationalités étrangères Alger 14 avril 1908, R. 1909.322.



130. **Conventions internationales.** — Le principe posé en 1927 de la conservation de sa nationalité par la femme mariée a paru devoir entrer en conflit avec les législations fidèles à l'unité de nationalité dans le ménage, notamment, parmi les pays voisins de la France, avec la loi belge: d'où la convention franco-belge du 12 septembre 1928. Cet instrument décide (art. 1<sup>er</sup> et 2) que la loi applicable à la nationalité de la femme belge épousant un Français et à la nationalité de la Française épousant un Belge sera la loi française ou la loi belge suivant que le mariage est célébré en France ou en Belgique. S'il est célébré dans un pays tiers le traité, étant muet, est sans application. (En ce sens Niboyet, I, p. 260). Si la femme cumule avant même le mariage les nationalités française et belge, elle sera réputée pour l'application du traité, n'avoir que celle du pays où le mariage est célébré (art. 4). Comme l'observe M. Niboyet (I, n. 347) le traité eût été mieux inspiré en consacrant le système de la nationalité effective, caractérisée par le domicile (n. 82). Ce traité n'a pas changé considérablement les résultats qu'aurait donnés le droit commun du fait que la loi belge (L. 15 mai 1922 et 4 août 1926, J. 1922.1067 et 1927.784), tout en décidant que la femme prend la nationalité de son mari, lui réservait une option en sens contraire dans les six mois du mariage: les conflits avec la loi française n'ont donc pas été si fréquents qu'il pourrait paraître. Il faut cependant noter que la femme belge qui opte pour la nationalité française de son mari le déclare à l'officier d'état-civil, conformément à la loi de 1927, et non au juge de paix (Circ. aux préfets du 10 nov. 1945).

La Convention de La Haye du 12 avril 1930, d'autre part, a posé quelques règles destinées à éviter l'apatridie, mais qui sont toutes, d'ores et déjà, respectées par la loi française (1).

### Section III

#### Perte de la nationalité française.

131. **Généralités. L'évolution législative.** — La nationalité française est attribuée par la loi à ceux qui sont Français de fait ou présumés devoir l'être. Il s'ensuit qu'elle doit être retirée à ceux qui cessent de l'être ou à l'égard desquels la présomption se révèle controuvée.

Il a longtemps paru (v. déjà Pothier, *Traité des personnes*, I<sup>re</sup> partie, titre II, sect. IV) que le premier cas se rencontrait dans « l'établissement à l'étranger sans esprit de retour » (art. 17-4<sup>o</sup> C. Civ.). Sans rechercher autrement si cette circonstance suffit effectivement à anéantir cet ensemble de caractères en partie naturels qu'est une nationalité de

(1) L'article 8 subordonne la perte de la nationalité par le mariage à l'acquisition de la nationalité du mari d'après la loi de ce dernier. L'article 9 ne permet la dénationalisation de la femme dont le mari change de nationalité, que si la nouvelle loi du mari accorde sa nationalité à la femme. L'article 10 dispose que, « la naturalisation du mari au cours du mariage n'entraîne le changement de nationalité de la femme que du consentement de celle-ci ». Enfin, d'après l'article 11, la réintégration de la femme veuve ou divorcée dans la nationalité qu'elle a perdue par son mariage est subordonnée à sa demande et n'est décidée que par la loi de cette nationalité.



fait, il faut constater que l'émigré parti sans esprit de retour peut en effet être regardé comme perdu pour la collectivité nationale. Mais l'esprit de retour s'est révélé à l'expérience une notion fuyante dont la mise en œuvre a engendré en jurisprudence maintes difficultés de preuve. D'autre part le souci de ne pas perdre inutilement des nationaux a relevé dans l'article 17-4° C. Civ. une source possible d'apatridie: l'émigré sans esprit de retour n'a pas nécessairement acquis une autre nationalité.

Aussi la règle a-t-elle été abrogée en 1889, d'autant que ses avantages ont paru suffisamment assurés par une autre règle, également connue de Pothier (*loc. cit.*), en vertu de laquelle perd sa nationalité le Français qui *acquiert volontairement* une nationalité étrangère (art. 17-1° C. Civ.): son attitude par elle-même exprime qu'il n'est plus Français en fait, elle se traduit par un acte juridique dont la preuve est aisée, le risque d'apatridie est exclu et on évite au contraire un cumul de nationalités (1).

La préoccupation d'éviter les cumuls a grandi avec la politique d'intégration du plus grand nombre possible de nationaux: la présomption qu'un individu est Français en fait peut se révéler controuvée, d'autant plus facilement que la présomption est plus extensive. La loi de 1927 a entendu donner au gouvernement le moyen de remédier aux cumuls engendrés par des présomptions erronées d'assimilation en retirant la nationalité française à celui qui « possédant par l'effet de la loi, sans manifestation de volonté de sa part, une nationalité étrangère, est autorisé, sur sa demande, par le gouvernement français à la conserver » (art. 9-3°, L. 1927).

Mais la nationalité de droit n'est pas la simple expression légale de la nationalité de fait: l'Etat entend exclure ceux qui, se prétendant Français, sont cependant jugés par lui indésirables dans la communauté nationale. La nationalité peut être perdue par décision de l'autorité publique.

L'idée a été admise par le droit intermédiaire dans le cas de l'acceptation par un Français de fonctions ou de pension d'un gouvernement étranger. Le Code civil a de même visé l'acceptation de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger (art. 17-2°) et la loi de 1889 y a ajouté la prise de service militaire à l'étranger (art. 17-4°). La loi de 1927 a élargi et simplifié la formule en englobant, de manière générale, tout « emploi dans un service public ».

Sous ce jour le retrait de la nationalité peut encore paraître exprimer pour une part la perte de la nationalité de fait: celui qui sert un gouvernement étranger montrerait par là qu'il n'a plus la mentalité d'un Français; aussi l'idée a-t-elle été assez facilement admise. Mais à une époque récente la notion de déchéance, qui inspire déjà pour partie la mesure précédente, est apparue dans toute sa rigueur comme sanction du *défait de loyalisme*. La loi de 1927 (2) a manifesté ici le sentiment de méfiance à l'égard des Français de fraîche date qui est à l'origine de son élaboration. Malgré les objections qu'a soulevées cette innovation,

(1) Elle constitue d'ailleurs une source assez faible de diminution de nos nationaux; quelques centaines par an en moyenne. V. les statistiques citées par Niboyet, I, n. 317.

(2) V. pour le droit comparé Cahen, *Perte de la nationalité*, dans *La nationalité dans la science sociale*, p. 275.



l'évolution ultérieure, notamment par le décret du 12 novembre 1938, a étendu encore son champ d'application.

Le Code de 1945 a consacré dans l'ensemble le système ainsi constitué. Mais par une initiative inattendue il a ressuscité sous une forme nouvelle la perte de la nationalité française par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour (art. 95). D'autre part reprenant et modifiant une disposition du décret du 12 novembre 1938, il a prévu la perte de sa nationalité pour le Français qui, ayant aussi la nationalité d'un autre pays, se comporte en fait comme ressortissant de ce pays (art. 96). Enfin, et cette fois dans un esprit de bienveillance, il a aménagé, pour en atténuer la rigueur, les cas de perte de la nationalité française pour défaut de loyalisme.

On étudiera successivement: 1° l'établissement prolongé à l'étranger; 2° la possession d'une nationalité étrangère; 3° la perte par décret en raison du comportement; 4° la déchéance pour indignité (1).

#### § 1<sup>er</sup>. — ETABLISSEMENT PROLONGÉ A L'ÉTRANGER.

**132. Conditions de la perte de la nationalité française.** — Le législateur de 1945 a ressuscité la vieille règle, abrogée en 1889, de la perte de la nationalité française par l'établissement prolongé à l'étranger. Il a voulu éviter une transmission indéfinie de la nationalité française *jure sanguinis* qui ne correspondrait plus à une nationalité française de fait (R. Boulbès, S. 1945.5.201, note 79). On sait comment ce motif, apparemment décisif, n'a pas empêché la solution de se révéler à l'expérience inutile et fâcheuse, ce qui avait provoqué son abrogation en 1889; on ne voit pas quelles circonstances nouvelles l'auraient rendue plus utile que par le passé.

Le législateur a seulement tenté de la définir avec plus de précision que par le simple établissement à l'étranger « sans esprit de retour » dont la preuve avait suscité tant de difficultés (v. Weiss, I, p. 573; *adde* plus récemment Paris 2 mars 1939, G. P. 1939.1.729; Rabat 24 déc. 1946, *Gaz. Trib. Maroc* 25 févr. 1947). Aux termes de l'article 95 C. Nat. « le Français qui réside ou a résidé habituellement à l'étranger, où les ascendants dont il tient par filiation la nationalité sont demeurés fixés depuis plus d'un demi-siècle, peut être considéré comme ayant perdu la nationalité française à moins que ses ascendants et lui-même aient conservé la possession d'état de Français ».

La loi nouvelle n'exige donc plus la preuve, trop sujette à discussions, de l'intention, souvent incertaine en fait, d'un retour éventuel en France; elle s'attache au fait matériel de la résidence à l'étranger pendant plus d'un demi-siècle. La charge de la preuve incombe alors à la partie qui combat la présomption tirée de ce fait: elle devra établir que les intéressés ont conservé la « possession d'état de Français ». Il y a certainement progrès dans la substitution à la preuve d'une intention de celle d'apparences extérieures vérifiables, notamment par les tiers.

(1) La nationalité française peut aussi être perdue par répudiation, à la suite d'une légitimation par un père étranger, par mariage ou en vertu d'un traité diplomatique; ces événements, s'intégrant dans d'autres ensembles, ont déjà été étudiés.



La résidence à l'étranger — qui est naturellement une résidence *habituelle* (cf. art. 44, n. 1105) — doit avoir été le fait des ascendants de la personne visée aussi bien que le sien propre, mais il faut que la nationalité française ait été transmise à cette dernière par filiation: il s'agit de combattre les effets excessifs de ce mode de transmission de la nationalité (1).

La preuve contraire a pour objet la conservation de la possession d'état de Français. On verra à propos de la preuve (n. 153) le sens de l'expression. Mais il importe dès maintenant d'observer qu'à ce propos l'article 144 introduit une précision qui éclaire notablement les exigences de fond de l'article 95: il requiert que la possession d'état ait été conservée pendant *trois générations*. La règle est en accord avec l'idée que l'établissement dans un pays pendant trois générations implique l'assimilation; c'est ce qu'admet la loi française depuis 1851 (v. les art. 23 et 24 C. Nat., n. 97 et 98) en déclarant Français l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Mais elle montre aussi que l'article 95 en visant *les* ascendants établis à l'étranger doit sans doute être entendu à la lettre: la nationalité française ne sera perdue que si deux ascendants ont successivement vécu à l'étranger avant l'intéressé; alors seulement la possession d'état pourra avoir été perdue pendant trois générations.

**133. Constatation de la perte.** — Le législateur a sans doute pensé éviter les discussions antérieures sur l'existence de l'esprit de retour en disposant que la perte de la qualité de Français dans ce cas « ne peut être constatée que par un jugement ». Il en résulte assurément qu'avant le jugement l'intéressé sera à bon droit réputé Français; mais comme le jugement « indique s'il y a lieu la date à laquelle l'intéressé a été libéré de son allégeance à l'égard de la France », les discussions et les surprises subsisteront pour peu que la permanence de la possession d'état de Français prête à incertitude (2).

Il est permis de se demander si l'article 95 sera d'application fréquente. Combien y a-t-il de descendants de Français dans le cas envisagé qui n'aient pas acquis une autre nationalité? S'ils l'ont acquise, ils ne sont plus Français (art. 87), et s'ils ne l'ont pas acquise, c'est probablement qu'ils tiennent à leur origine, donc ont conservé la possession d'état de Français (3).

(1) M. Maury (J. C. P. 1946.514, n. 89) estime avec raison que la résidence dans les protectorats ne devrait pas entrer en ligne de compte. V. aussi sa discussion du caractère du délai, où la solution qu'il adopte nous paraît s'imposer. La loi n'a pas voulu que le retour en France de l'émigré le soustraie à la règle; l'intention nous paraît, comme à M. Maury, rigoureuse.

(2) L'article 95 dispose très logiquement que le tribunal peut même décider que l'intéressé n'a jamais été Français, son père ayant cessé d'avoir cette qualité antérieurement à sa naissance, en vertu sans doute du même article 95.

(3) La rigueur des principes ajouterait une autre cause à la rareté d'application du nouveau texte: il ne devrait jouer que pour les faits postérieurs à sa promulgation (art. 4 C. Nat.), donc pour les établissements prolongés cinquante ans après 1945, ou à tout le moins quand la durée s'est accomplie après cette date. Il y a peu de doute que la tendance croissante à l'application immédiate des lois nouvelles rende difficile l'acceptation de cette solution (En ce sens Maury, J. C. P. 1946.514, n. 91).



134. **Division.** — La possession d'une nationalité étrangère entraîne la perte de la nationalité française pour des raisons, et, partant, dans des conditions sensiblement différentes, suivant qu'elle résulte d'une acquisition volontaire ou d'une attribution d'office.

135. **A. Acquisition volontaire d'une nationalité étrangère.** — Aux termes de l'article 87 C. Nat., qui reprend une règle connue déjà par le Code civil (art. 17-1<sup>o</sup>, v. aussi art. 9-1<sup>o</sup> L. 1927), et améliore son expression, perd la nationalité française le Français majeur « qui acquiert volontairement une nationalité étrangère ». On a vu (n. 131) les raisons solides qui fondent cette solution, il convient maintenant d'examiner ses conditions d'applications.

La *nationalité étrangère* envisagée est celle qui correspond à notre notion de la nationalité, c'est-à-dire d'un lien considéré comme exclusif avec un Etat souverain. Echappe donc à cette définition l'acquisition des droits de sujet britannique dans une colonie anglaise si cette qualité n'est acquise ni à l'égard du gouvernement métropolitain, ni des autres colonies: Crim. 14 févr. 1890, G. P., 90.2.81 (1). La simple acquisition des droits politiques, sous forme par exemple d'un droit de bourgeoisie (Bordeaux 14 mars 1850, S. 52.2.561; Trib. Meaux 27 avril 1887, *Le Droit*, 9 juin 1887), et a fortiori des seuls droits civils (Bordeaux 14 mars 1850, précité) n'équivaut pas non plus à une naturalisation, parce qu'elle n'établit pas un lien exclusif incompatible avec l'allégeance française (2). Cette tendance traditionnelle à l'interprétation restrictive paraît légitimement conforme à l'esprit de la loi.

La nationalité étrangère doit avoir été acquise, c'est-à-dire régulièrement conférée d'après les exigences de la loi étrangère: Civ. 26 févr. 1890, G. P. 90.1.610 (3). Mais la loi française garde son contrôle dans le cas d'une naturalisation *frauduleuse*: l'acte accompli en fraude de la loi française, c'est-à-dire dont le but est d'éluder ses dispositions, se trouve nul (Chambéry 21 mai 1908, S. 1908.2.312). La solution, donnée par la Cour de cassation pour les conflits de lois (Civ. 18 mars 1878, S. 78.1.193, note Labbé) entraîne, comme on le verra (n. 371) celle qui regarde la nationalité. En ce sens Lerebours-Pigeonnière, n. 114 et les

(1) V. aussi pour l'indigénat dans un dominion Besançon 26 juil. 1916, R. 1917.275, et pour la *denization* anglaise Civ. 16 févr. 1875, S. 71.1.193, note Labbé.

(2) Réserve faite évidemment du cas où l'acquisition de la bourgeoisie entraîne la naturalisation: Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.245. La concession des droits politiques aux prolétaires étrangers résidant en Russie par la loi soviétique antérieure à la constitution de 1936 ne saurait donc faire jouer l'art. 87. On peut douter, pour les mêmes raisons, que la citoyenneté vaticane conférée en vertu de la loi vaticane du 7 juin 1929 équivale à une naturalisation du point de vue qui nous occupe.

(3) V. aussi Seine 23 févr. 1898, J. 98.927. Cf. cependant Req. 13 févr. 1922, S. 1922.1.72, note Niboyet, J. 1922.996, R. 1924.397 approuvant le maintien de son effet à une naturalisation annulée à l'étranger; l'arrêt peut s'expliquer par un rapprochement entre cette annulation et un retrait. Bien entendu le simple accomplissement des formalités préalables à la naturalisation ne suffit pas, Amiens 13 juil. 1899, *Rec. Amiens* 99.239. Si la loi étrangère subordonne la régularité de la naturalisation à la liberté d'allégeance du naturalisé vis-à-vis de sa patrie d'origine, la loi française doit être considérée comme lui assurant cette liberté, Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.246.



134. **Division.** — La possession d'une nationalité étrangère entraîne la perte de la nationalité française pour des raisons, et, partant, dans des conditions sensiblement différentes, suivant qu'elle résulte d'une acquisition volontaire ou d'une attribution d'office.

135. **A. Acquisition volontaire d'une nationalité étrangère.** —

Aux termes de l'article 87 C. Nat., qui reprend une règle connue déjà par le Code civil (art. 17-1°, v. aussi art. 9-1° L. 1927), et améliore son expression, perd la nationalité française le Français majeur « qui acquiert volontairement une nationalité étrangère ». On a vu (n. 131) les raisons solides qui fondent cette solution, il convient maintenant d'examiner ses conditions d'applications.

La *nationalité étrangère* envisagée est celle qui correspond à notre notion de la nationalité, c'est-à-dire d'un lien considéré comme exclusif avec un Etat souverain. Echappe donc à cette définition l'acquisition des droits de sujet britannique dans une colonie anglaise si cette qualité n'est acquise ni à l'égard du gouvernement métropolitain, ni des autres colonies : Crim. 14 févr. 1890, G. P. 90.2.81 (1). La simple acquisition des droits politiques, sous forme par exemple d'un droit de bourgeoisie (Bordeaux 14 mars 1850, S. 52.2.561 ; Trib. Meaux 27 avril 1887, *Le Droit*, 9 juin 1887), et *a fortiori* des seuls droits civils (Bordeaux 14 mars 1850, précité) n'équivaut pas non plus à une naturalisation, parce qu'elle n'établit pas un lien exclusif incompatible avec l'allégeance française (2). Cette tendance traditionnelle à l'interprétation restrictive paraît légitimement conforme à l'esprit de la loi.

La nationalité étrangère doit avoir été acquise, c'est-à-dire régulièrement conférée d'après les exigences de la *loi étrangère* : Civ. 26 févr. 1890, G. P. 90.1.610 (3). Mais la loi française garde son contrôle dans le cas d'une naturalisation *frauduleuse* : l'acte accompli en fraude de la loi française, c'est-à-dire dont le but est d'éluder ses dispositions, se trouve nul (Chambéry 21 mai 1908, S. 1908.2.312). La solution, donnée par la Cour de cassation pour les conflits de lois (Civ. 18 mars 1878, S. 78.1.193, note Labbé) entraîne, comme on le verra (n. 371) celle qui regarde la nationalité. En ce sens Lerebours-Pigeonnière, n. 114 et les

(1) V. aussi pour l'indigénat dans un dominion Besançon 26 juil. 1916, R. 1917.275, et pour la *denization* anglaise Civ. 16 févr. 1875, S. 71.1.193, note Labbé.

(2) Réserve faite évidemment du cas où l'acquisition de la bourgeoisie entraîne la naturalisation : Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.245. La concession des droits politiques aux prolétaires étrangers résidant en Russie par la loi soviétique antérieure à la constitution de 1936 ne saurait donc faire jouer l'art. 87. On peut douter, pour les mêmes raisons, que la citoyenneté vaticane conférée en vertu de la loi vaticane du 7 juin 1929 équivale à une naturalisation du point de vue qui nous occupe.

(3) V. aussi Seine 23 févr. 1898, J. 98.927. Cf. cependant Req. 13 févr. 1922, S. 1922.1.72, note Niboyet, J. 1922.996, R. 1924.397 approuvant le maintien de son effet à une naturalisation annulée à l'étranger ; l'arrêt peut s'expliquer par un rapprochement entre cette annulation et un retrait. Bien entendu le simple accomplissement des formalités préalables à la naturalisation ne suffit pas, Amiens 13 juil. 1899, *Rec. Amiens* 99.239. Si la loi étrangère subordonne la régularité de la naturalisation à la liberté d'allégeance du naturalisé vis-à-vis de sa patrie d'origine, la loi française doit être considérée comme lui assurant cette liberté, Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.246.



références de jurisprudence italienne; Pillet, I, n. 107; Perron, J. 1926.21; Louis-Lucas *La nationalité française*, p. 231; *contra* Maury Rép. n. 446; Niboyet, I, n. 331.

L'acquisition de la nationalité étrangère ne signifie l'abandon de la nationalité française que si elle est volontaire. C'est essentiellement le cas de la naturalisation et la loi de 1889 n'en visait pas d'autre. L'addition en 1927 de l'acquisition « sur demande », et la généralisation en 1945 à toute « acquisition volontaire » oblige légitimement à envisager aussi les réclamations de nationalité du genre de celle de notre ancien article 9 C. civ. Mais le simple non usage d'une faculté de répudiation n'équivaut pas à une « demande » au sens de la loi de 1927, (en ce sens, Maury, Rép., n. 441) ni même à une acquisition volontaire au sens du Code de 1945: la loi suppose un acte positif ayant eu l'acquisition pour but; on en dira donc autant de l'acquisition consécutive à un acte volontaire ayant un autre but, par exemple un achat d'immeuble (Trib. Bordeaux 29 nov. 1882, J. 83.296; cf. Pau 15 juin 1903, J. 1904.943), ou l'exercice du droit de vote (v. Besançon 29 juil. 1926, S. 1928.2.17, note Niboyet, R. 1927.515, G. P. 1928.2.689) (1), et d'une manière générale de la possession d'état (Besançon 29 juillet 1926, précité). En tous cas l'acquisition d'une nationalité étrangère en vertu de l'effet collectif de la naturalisation du père ou du mari est le type de l'acquisition involontaire (2).

L'acte volontaire n'emporte sa pleine signification que s'il émane d'un majeur: la loi requérant l'acquisition réelle d'une nationalité étrangère par acte volontaire entend par là un acte régulier, donc émanant d'un auteur capable. La doctrine et la jurisprudence s'étaient fixées en ce sens avant que la loi de 1927 précisât l'exigence de la majorité (3).

136. Autorisation éventuelle. — La volonté de l'intéressé peut être mue par des mobiles inacceptables, dont le plus dangereux pour la collectivité est le désir d'échapper aux obligations militaires. La loi de 1889, contemporaine de l'établissement du service obligatoire, subordonna la perte de la nationalité française à l'obtention par le Français sollicitant une naturalisation à l'étranger d'une autorisation du gouvernement quand il était encore soumis aux obligations du service actif (4). La loi de

(1) Mais l'acquisition d'un droit de bourgeoisie dans une ville suisse impliquant citoyenneté dans le canton dont la nationalité suisse a été jugée faite perd la nationalité française: Colmar 19 mai 1918, S. 68.235. On peut dire que le lien étroit entre la bourgeoisie et la nationalité ne permettait pas d'envisager l'une sans l'autre.

(2) V. Lyon 19 mars 1875, S. 75.221; Toulouse 27 juil. 1875, S. 75.223; 21 juil. 1876, S. 76.2177; Chambéry 27 août 1877, S. 78.215; Besançon 17 dec. 1878, G. P. 1879.1.192.

(3) V. Boudant et Lerebours-Pigeonniers, II, n. 104 et les références. L'intérêt de la question s'est réduit depuis la suppression de l'incapacité de la femme mariée. Si un mineur acquiert une nationalité étrangère la jurisprudence a d'abord estimé que la ratification de cet acte après la majorité était inopérante (Civ. 19 août 1871, S. 75.152). Puis elle a admis (Civ. 25 févr. 1889, S. 89.1.133; Besançon 26 juil. 1909, J. 1909.379) approuvée par les auteurs (V. Maury, Rép. n. 442 et les références) que l'assentiment du gouvernement étranger à la ratification pouvait suffire, même sans l'assentiment du gouvernement intéressé. L'article 91 révoquait aujourd'hui le conflit.

(4) Avant 1889 le décret du 24 août 1811 punissait de la privation des droits civils et de la confiscation de ses biens le Français qui se faisait naturaliser à l'étranger sans autorisation du gouvernement. Mais cette naturalisation entraînait



1927 étendit cette exigence à un délai de dix ans à partir de l'incorporation dans l'armée active; le Code de 1945 (art. 88), a porté le délai à quinze ans (1). Sont dispensés de l'autorisation: 1° les exemptés du service militaire; 2° les réformés à titre définitif; 3° ceux qui, même insumis, sont dégagés par leur âge de toute obligation militaire. L'autorisation est accordée par un décret publié au *Journal Officiel* (art. 117).

137. Effets de la perte de la nationalité. — La nationalité française est perdue du jour de l'acquisition de la nationalité étrangère (art. 92-1° C. Nat.) et cette perte n'entraîne aucun effet collectif sur la nationalité française de la femme ou des enfants de l'ancien Français (v. les arrêts cités p. 143, note 2; *adde* Trib. Strasbourg 15 févr. 1921, *Rev. jur. Als. Lorr.* 1921.434). Cette seconde solution, qu'impose le silence des textes, n'est pas en harmonie avec les effets collectifs qui s'attachent à la naturalisation en France et exprime sans doute la nuance de désapprobation qu'implique la perte de la nationalité française. La convention franco-suisse du 23 juil. 1879 décide que les enfants mineurs des Français naturalisés suisses restent Français mais peuvent opter à leur majorité pour la nationalité suisse (2).

138. B. Attribution d'office d'une nationalité étrangère. — Aux termes de l'article 91 C. Nat. « perd la qualité de Français le Français même mineur qui ayant une nationalité étrangère est autorisé, sur sa demande, par le gouvernement français, à perdre la qualité de Français ». Par cette règle introduite dans notre droit en 1927 (art. 9-3°) le législateur a entendu donner à l'administration le moyen de résoudre tous les conflits positifs réels de nationalité. Cette intention, qui résulte des travaux préparatoires, a été affirmée par le gouvernement français dans l'enquête de la Société des Nations (*Nationalité*, I, p. 77; v. R. Dreyfus, J. 1927.940). Dans le cas envisagé il ne s'agit plus, comme dans celui de l'article 87, d'un individu qui a manifesté par un acte *volontaire*

néanmoins la perte de la nationalité française. Il a été justement jugé que l'autorisation gouvernementale était inutile pour les naturalisations antérieures au 26 juin 1889. V. cep. *Crim.* 18 nov. 1932, R. 1934.95 qui a appliqué la loi de 1927 à une naturalisation obtenue en 1926; on peut expliquer cette solution par la rédaction insuffisante de la loi militaire du 1<sup>er</sup> avril 1923; v. Niboyet, I, p. 380.

(1) Le délai part de l'inscription sur les tableaux de recensement en cas de dispense du service actif. Sur le commentaire de ces formules, v. Niboyet, I, n. 320 et s. Le décret du 9 mars 1940 avait reculé la nécessité de l'autorisation à l'âge de 50 ans, diminuant ainsi singulièrement pour les hommes, sinon pour les femmes la portée de l'article 9-1°, de la loi de 1927. Cette règle est maintenue en vigueur par l'art. 9 de l'ordonnance de promulgation pendant cinq ans à partir de la cessation des hostilités (ou jusqu'à un décret intervenant dans ce délai). V. aussi l'art. 89 C. Nat. Le décret ajoutait que jusqu'à la cessation des hostilités l'autorisation serait requise quelque soit l'âge de l'intéressé: cette seconde mesure, incontestable, aurait dû suffire. Le seul événement de l'âge de 50 ans ne devrait pas faire jouer l'art. 9-1° au profit de celui qui n'a pas été autorisé. V. cep. Niboyet, n. 323. La déclaration franco-monégasque du 7 oct. 1929 refuse la nationalité monégasque au Français naturalisé dans la principauté sans l'autorisation requise.

(2) Ils peuvent aussi à l'avance renoncer à leur faculté de répudiation. Le traité prévoit qu'ils ne seront saisis par les services français de recrutement qu'à l'âge de 22 ans. La convention franco-belge du 12 sept. 1928 sur les obligations militaires de ceux qui cumulent les nationalités française et belge prévoit spécialement le cas des enfants mineurs du Français naturalisé en Belgique. V. sur ces deux traités et notamment les statistiques de leur application Niboyet, I, n. 330.



d'acquisition d'une nationalité étrangère, qu'il n'était plus Français en fait; c'est une loi étrangère qui le prétend sien et la loi française ne peut s'incliner de plein droit devant cette prétention sans renoncer au principe qu'elle a seule qualité pour déterminer qui est Français. Mais pour témoigner de sa bonne volonté le législateur autorise l'administration à examiner dans chaque cas particulier si la revendication étrangère ne correspond pas mieux à la réalité. La demande de l'intéressé sera un premier élément d'appréciation (1).

Il résulte de cet esprit que l'article 91 doit jouer dans tous les cas où l'article 87 ne peut intervenir, et notamment dans celui d'une nationalité acquise volontairement par un incapable. On peut la réputer acquise involontairement puisque l'acte de volonté est sans valeur aux yeux de la loi française (2).

**139. L'autorisation gouvernementale.** — La demande d'autorisation doit émaner d'un individu capable car elle constitue un acte juridique. Les mineurs seront autorisés ou représentés à cet effet, conformément aux articles 53 et 54, ainsi que le précise l'article 91 suivant l'avis général des auteurs sous le régime antérieur. L'autorisation sera accordée par un décret, publié au *Journal Officiel* (art. 117). Le rejet de la demande est notifié à l'intéressé mais sans motifs (art. 118); on en déduira qu'il n'est susceptible d'aucun recours.

**140. Effets de la perte de la nationalité.** — La nationalité française est perdue en vertu de l'article 91 à dater du décret (art. 92-3°) et sans effet collectif sur la famille de l'intéressé. On a douté avant 1945 du point de savoir si la nationalité française n'était pas perdue rétroactivement parce que l'article 9-3° L. 1927 visait l'autorisation de « conserver » une nationalité étrangère; l'administration constate effectivement que l'impétrant a toujours été en fait étranger. La loi nouvelle a entendu éliminer toute hésitation à ce sujet en modifiant la rédaction du texte (3). V. aussi l'art. 117. Il faut reconnaître que toute rétroactivité est source de graves inconvénients et doit être écartée quand il n'y a pas de nécessité certaine à l'imposer.

(1) La Chancellerie avait déjà utilisé aux mêmes fins avant 1927 l'art. 17-1° en autorisant les Français astreints au service militaire à se faire naturaliser à l'étranger. V. Niboyet, I, n. 456. Le champ d'application du procédé était beaucoup plus restreint. La loi du 31 mars 1928 (art. 99) dispense du service actif les Français en règle avec la loi militaire du pays d'outremer dont ils ont aussi la nationalité. La convention de La Haye du 12 avril 1930 (art. 6) dispose que l'autorisation ne sera pas refusée à l'individu qui a sa résidence habituelle et principale à l'étranger et qui satisfera aux conditions prescrites par l'Etat dont il veut répudier la nationalité.

(2) On a suggéré (Niboyet, I, n. 459) de refuser le bénéfice de la règle aux Français devenus tels sur leur demande. Cette situation exprimerait certes une instabilité d'esprit fâcheuse : l'administration appréciera.

(3) L'ancienne formule se heurtait à l'objection qu'il n'appartient pas aux pouvoirs publics français de se prononcer sur la conservation d'une nationalité étrangère. En réalité elle signifiait seulement que le gouvernement français ne voyait pas d'objection à ce que l'intéressé « gérât » effectivement sa nationalité étrangère. La formule actuelle n'est pas non plus à l'abri d'une critique, purement grammaticale d'ailleurs : le gouvernement n'autorise pas à perdre, il déclare perdue la nationalité française.



141. **Généralités.** — Dans les règles qui précèdent l'intéressé a exprimé sa volonté de ne plus se considérer comme Français, et la loi en a tenu le compte qu'elle estimait justifié. Mais il est d'autres cas dans lesquels l'intéressé, ne prenant aucune initiative, ce sont les pouvoirs publics qui peuvent juger à propos de constater que sa nationalité française est perdue *en raison de son comportement*. On constate encore que la nationalité de fait a changé, mais la mesure a déjà un certain aspect répressif. Le premier caractère domine encore dans le cas, tout proche de celui de l'article 91, où un Français ayant aussi la nationalité d'un pays étranger se comporte comme ressortissant de ce pays (art. 96), le second apparaît plus en relief dans le cas classique du Français occupant un emploi dans un service public étranger.

142. **A. Comportement du Français cumulant deux nationalités.** — Aux termes de l'article 96 C. Nat. « le Français qui se comporte en fait comme le national d'un pays étranger peut, s'il a la nationalité de ce pays, être déclaré par décret avoir perdu la qualité de Français ». Cette disposition est en quelque sorte la suite logique de celle de l'article 91 : si le Français cumulant deux nationalités n'exprime pas le désir d'être libéré de son allégeance à l'égard de la France, le gouvernement peut estimer que ce ressortissant légal n'est aucunement un national réel et son abstention peut même prêter au soupçon : ne serait-elle pas un moyen de travailler plus commodément sous le couvert d'une nationalité française de droit au profit d'une puissance ennemie de la France ? Le décret du 12 novembre 1938, fruit de la tendance à la méfiance vis-à-vis des étrangers, a prévu la perte de la nationalité française dans ce cas par la procédure d'un décret rendu dans les formes des décrets de déchéance pour indignité. Le Code de 1945 a rapproché le cas de celui du Français ayant accepté un emploi dans un service public à l'étranger en les soumettant tous deux à une procédure commune et différente de celle de la déchéance pour indignité. Le rapprochement semble juste en ce que dans les deux cas la mesure se fonde d'abord et objectivement sur le comportement de l'intéressé sans cependant exclure toute arrière-pensée répressive.

Ce dernier aspect explique sans doute les garanties prévues par l'article 119 ; le décret de perte sera rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat, l'intéressé, dûment appelé, ayant eu la faculté de produire pièces et mémoires. Il permet aussi d'admettre que l'article 96, comme l'article 97, est applicable aux mineurs, et explique en partie que la nationalité française n'est perdue qu'à la date du décret, ce qui correspond aussi au souci d'éviter l'anéantissement rétroactif d'apparences trompeuses (1).

(1) Le décret est publié (art. 120), mais prend effet au jour de sa signature sous la réserve des actes passés par l'intéressé et des droits acquis par les tiers antérieurement à la publication du décret sur le fondement de la nationalité française perdue (art. 117).



La perte de la nationalité française en vertu de l'article 96 peut être étendue dans les mêmes formes (art. 119) à la femme et aux enfants mineurs de l'ancien Français s'ils ont eux-mêmes une nationalité étrangère. La notion que la nationalité n'est guère séparable du milieu familial est suivie avec raison par le législateur, mais l'extension n'est pas obligatoire parce que l'évolution, ou même les torts, du chef de famille peuvent lui être exclusivement personnels. La loi par contre n'autorise l'extension du décret de perte aux enfants mineurs que si la femme y est aussi comprise.

143. B. Emploi dans un service public étranger. — Aux termes de l'article 97 du Code de 1945 « perd la nationalité française le Français qui, remplissant un emploi dans un service public d'un Etat étranger ou dans une armée étrangère, le conserve nonobstant l'injonction de le résigner qui lui aura été faite par le gouvernement français ».

Une disposition de ce genre a toujours figuré dans nos lois. En 1804 l'art. 17-2° C. Civ. envisageait « l'acceptation de fonctions publiques ». La loi de 1927 en visant « l'emploi dans un service public » a voulu étendre la règle à des emplois sans caractère politique dangereux pour la France, mais qui, tout en manifestant un état d'esprit peu français, permettraient le cumul des avantages afférant à deux nationalités (v. R. Dreyfus, J. 1927.948); un emploi dans un service concédé comme les chemins de fer a été cité comme exemple dans les travaux préparatoires. Les auteurs de la loi avaient nettement entendu (Circ. min., J. O. 14 août 1927, p. 8.707) englober dans leur formule le service militaire qui avait fait l'objet de 1889 à 1927 d'une disposition spéciale (1). Le législateur de 1945, par une prudence peut-être excessive, a cru devoir le mentionner spécialement. L'esprit extensif de la loi conduit aussi à y inclure les mandats publics électifs déjà retenus avant 1927 (V. Colmar 23 juil. 1924, G. P. 1924.2.559) (2).

La qualification de service public dépend d'une part de la structure à l'étranger du service envisagé, mais d'autre part de la définition française du service public, puisqu'il s'agit d'appliquer une loi française (cf. Maury, n. 497).

(1) La disposition était spéciale en ce que la prise de service à l'étranger sans autorisation préalable entraînait la perte de la nationalité, alors que depuis 1889, l'acceptation de fonctions publiques n'engendrait cette conséquence qu'après injonction de les résigner. Il en résultait la possibilité d'une fraude par prise de service dans un pays moins exigeant à ce sujet que la France. On a donc assimilé les deux cas en 1927 et l'élargissement de la formule a dispensé de mentionner le service militaire. V. sur la règle abrogée Niboyet, I, n. 371. Par une mesure transitoire, d'ailleurs rétroactive, la loi de 1927 (art. 14 b) décide que la prise de service antérieure à sa promulgation n'entraîne pas la déchéance de la nationalité française « à moins que cette déchéance n'ait été constatée par une décision de justice passée en force de chose jugée ».

(2) La forme du nouveau texte permet de l'appliquer aux services publics étrangers fonctionnant en France à l'encontre des hésitations soulevées par la rédaction antérieure. V. sous l'empire du texte, mieux rédigé, de 1804, Poitiers 27 janv. 1880, S. 81.1.121 sous Civ. 14 avril 1880. En ce sens Niboyet, I, n. 360. Sur les fonctions honorifiques, v. Niboyet, I, n. 361. L'emploi doit être effectif, un simple grade honorifique dans une armée étrangère n'y équivaut pas : Civ. 15 avril 1878, S. 80.1.375.



144. **L'injonction.** — Avant 1889 l'acceptation des fonctions devait être autorisée *préalablement* par le gouvernement. Mais il est apparu à l'usage d'une part que l'emploi de Français dans certaines fonctions culturelles, diplomatiques, voire même politiques, pouvait répondre le cas échéant à une utilité (1), d'autre part que le système pouvait servir la fraude aux obligations militaires (2). Aussi la loi de 1889 décida-t-elle que la nationalité française ne serait perdue que si l'intéressé, ayant reçu l'injonction de résigner son emploi dans un délai déterminé, n'y avait pas obtempéré. Le système fut maintenu en 1927.

Le Code de 1945 rend le système plus rigide en ce que le délai de résignation est uniformément fixé à *six mois*, mais il l'assouplit plus substantiellement en prévoyant que l'intéressé sera admis à prouver avoir été « dans l'impossibilité absolue » de résigner son emploi. D'autre part la perte, au lieu de résulter de l'expiration du délai, ne sera acquise que par un décret constatant le défaut de résignation, système plus ménager des intérêts individuels et assurant une publicité avantageuse aux tiers (3). Le souci de protection individuelle a même étendu ici (art. 119) les garanties prévues pour l'article 96 : faculté de produire pièces et mémoires, avis conforme du Conseil d'Etat (4).

Cette orientation libérale n'efface pas, mais souligne plutôt, l'aspect répressif de l'institution. L'injonction peut-elle dès lors être adressée à un mineur ? On l'a contesté en alléguant que tout acte volontaire produisant des effets juridiques suppose un auteur capable, et de fait la jurisprudence sur la loi de 1889 ne tenait compte que du service militaire pris par un majeur (en ce sens Niboyet, I, n. 363 ; L. de La Morandière et H. Batiffol, *Supplément au Cours de Surville*, 1929, n. 81 ; Req. 5 déc. 1917, J. 1918.685). Mais il faut sans doute répondre que l'acceptation de l'emploi étranger n'ayant pas pour but, sauf le cas de fraude, la perte de la nationalité française, ne constitue pas, à ce point de vue, un acte juridique, mais un fait dont la loi déduit les conséquences de droit. Plus précisément d'ailleurs ce n'est pas cette acceptation qui entraîne la perte de la nationalité, mais l'expiration du délai imparti pour la résignation : la règle revêt nettement un caractère répressif et peut donc être appliquée au mineur. Sans doute elle constate aussi que l'intéressé n'a plus une mentalité française, mais c'est aussi le cas des déchéances

(1) L'ancien article 17-2° C. Civ. avait été appliqué, dans des conditions d'opportunité discutables, à un dentiste de la Cour de Russie, qualifié de ce chef conseiller aulique (Civ. 14 mai 1834, D. P. 34.1.215. S. 34.1.847), au directeur du conservatoire de musique de Liège (Paris 23 juin 1859, S. 60.2.261), à un pasteur protestant rétribué par l'Etat belge (Paris 12 mai 1891, J. 91.1221).

(2) L'injonction devrait normalement prendre la forme d'un décret notifié à l'intéressé ; mais une injonction verbale, par le Consul de France, par exemple, sur instructions écrites du Ministre paraîtrait répondre aussi au vœu de la loi. L'injonction est certainement envisagée comme individuelle. V. cep. pour la possibilité d'injonctions collectives, Niboyet, I, n. 366.

(3) V. l'art. 120, renvoyant comme pour l'art. 96 à l'art. 117 quant au point de départ des effets du décret. Dans le cas d'impossibilité de résignation le délai de six mois court du jour où la cause de l'impossibilité a disparu (art. 97).

(4) L'intéressé pourra en effet contester les faits qui lui sont imputés. Avant 1945 il avait la ressource de prétendre devant le tribunal civil qu'il n'avait pas servi dans un service public étranger ou de déférer l'injonction au Conseil d'Etat pour illégalité (Niboyet, I, p. 429).



pour défaut de loyalisme dont la nature n'est pas discutée: le caractère répressif s'ajoute à la constatation objective, il n'est pas éliminé par elle. Il suffira donc que le mineur ait eu un discernement suffisant (1).

L'article 97, à la différence de l'article 96, et du texte antérieur, ne prévoit pas l'extension de la perte de la nationalité à la femme et aux enfants mineurs de l'intéressé. On en voit mal la raison, sinon peut-être que cette extension a été très rare, mais comme l'injonction elle-même (v. Niboyet, I, n. 365).

#### § 4. — DÉCHÉANCE POUR INDIGNITÉ.

145. Généralités. — La loi du 10 août 1927 a introduit dans notre droit la déchéance de la nationalité française pour défaut de loyalisme. L'idée d'une déchéance pour indignité se trouve déjà dans le décret du 27 avril 1848 attachant cette sanction au *trafic d'esclaves*, et qui est resté en vigueur jusqu'à l'ordonnance du 19 octobre 1945 (v. Niboyet, I, n. 381). Pendant la première guerre mondiale les lois du 7 avril 1915 puis du 18 juin 1917 ont organisé le retrait en temps de guerre des naturalisations accordées aux ressortissants des puissances ennemies. Cette législation vaut pour les guerres postérieures, mais les mesures plus générales prises depuis leur enlèvent tout intérêt réel, surtout du fait que ces dernières confient la déchéance à l'administration, comme l'avait d'ailleurs primitivement admis la loi de 1915, alors que la loi de 1917, abrogeant la précédente, instituait une procédure judiciaire nettement moins expéditive (v. sur cette loi Niboyet, I, n. 393).

L'article 9-5° de la loi de 1927 dans sa rédaction première avait institué trois cas généraux de déchéance de la nationalité française pour défaut de loyalisme. Cette innovation, traditionnellement condamnée par les congrès internationaux comme contraire aux droits de l'individu et génératrice d'apatridie (v. Niboyet, I, n. 112; Scelle, R. 1934.65), a paru au moins regrettable par son caractère permanent (Maury, Rép. n. 511). Mais d'autres lui ont au contraire reproché de ne viser que le cas exceptionnel des indignes au lieu d'englober même les simples suspects (Lerebours-Pigeonnière, n. 125). C'est dans la voie ouverte par cette critique que l'évolution ultérieure s'est engagée: le décret du 12 novembre 1938, dont la sévérité a été aggravée par la loi du 16 juillet 1940, a élargi et augmenté les cas de déchéance, substitué la procédure administrative à la procédure judiciaire, et prévu des effets collectifs à la perte de la nationalité. Le décret du 9 septembre 1939 y a ajouté, pour la durée de la guerre, des rigueurs nouvelles.

Le Code de 1945, tout en maintenant la procédure administrative, a réagi sérieusement contre l'élargissement excessif de la déchéance par le décret de 1938: les cas actuels, beaucoup plus strictement définis,

(1) Dans le sens de cette solution Lerebours-Pigeonnière, n. 129; Maury, Rép. n. 506. Les travaux préparatoires de la loi de 1927 admettent une « idée de pénalité » (Rapports de M. Mallarmé à la Chambre et de M. Lisbonne au Sénat); la Chancellerie parle de sa « nature répressive » (J. O. 14 août 1927, p. 8.708).



sont plus étroits à certains égards que ceux de la loi de 1927 dans sa rédaction originaire.

Il paraît difficile aujourd'hui de nier la légitimité de principe de pareilles mesures, dont le droit comparé montre d'ailleurs l'extension notable dans ces dernières années (v. Niboyet, I, p. 133, note 1). Dans l'état actuel du droit international public on ne peut prétendre qu'un Etat doive sacrifier ce qu'il considère en cette matière comme essentiel à son ordre interne pour la raison que l'ordre international répugne à l'apatridie: cet inconvénient n'est pas comparable à celui du trouble causé dans l'ordre interne par un national indigne; et s'il est concevable que d'autres sanctions soient pratiquées dans l'avenir, l'ordre international, qui n'en offre pas actuellement, reconnaît la liberté des Etats à ce sujet en affirmant leur compétence pour la détermination de leurs nationaux.

Quant à la violation des droits individuels, ces mesures font apparaître à nouveau qu'elle s'apprécie par référence au bien commun, âme de la législation: le citoyen qui oublie le loyalisme dû à la patrie, et les devoirs qui l'obligent envers la collectivité, ne peut prétendre avoir un droit inviolable à sa nationalité.

Il appartient assurément au législateur de déterminer avec prudence les cas de déchéance pour servir exclusivement les exigences du bien commun et ne créer d'apatrides que dans la mesure réellement inévitable. Il faut reconnaître que la difficulté est sérieuse, comme va le montrer l'examen du droit positif.

**146. Champ d'application de la déchéance.** — Aux termes de l'article 98 C. Nat., siège de la matière, la déchéance est applicable à « l'individu qui a acquis la qualité de Français ». La formule, qui élimine les discussions provoquées par la rédaction de l'article 10 de la loi de 1927, vise dans la terminologie du Code de la nationalité, tous les Français devenus tels après leur naissance, non seulement par naturalisation, réintégration ou mariage, mais encore en vertu des articles 44 ou 52, ou par légitimation. Sont seuls épargnés les Français d'origine.

La loi a entendu maintenir aux Français d'origine un droit à leur nationalité tout en estimant que le défaut de loyalisme ou l'indignité sont plus à craindre des Français de fraîche date (v. cep. contre cette distinction, Niboyet, I, n. 384; Louis-Lucas, *La nationalité française*, p. 271).

Au surplus, et par une innovation qui manifeste le caractère libéral à cet égard du Code de 1945, les faits d'indignité ne sont retenus que s'ils surviennent *dans les dix ans de l'acquisition* de la nationalité française: après ce délai il ne s'agit plus d'un Français récent.

**147. Cas de déchéance.** — En vertu de l'article 98 le nouveau Français peut être déchu de sa nationalité:

1° S'il est condamné pour un acte qualifié crime ou délit contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, ou puni par les articles 109 à 131 du Code pénal (art. 98-1° et 2°). Les articles 109 à 131 répriment les crimes et délits contre la « charte constitutionnelle »: infractions à l'exercice des droits civiques, attentats à la liberté, coalitions de fonc-



tionnaires, empiètement des autorités administratives et judiciaires (1).

2° « S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui des lois sur le recrutement de l'armée » (art. 98-3°).

3° « S'il a été condamné en France ou à l'étranger pour un acte qualifié crime par la loi française et ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins cinq années d'emprisonnement » (art. 98-5°).

4° « S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France » (art. 98-4°).

Ces règles présentent par rapport à celles de 1927 la différence sensible d'exiger, dans les deux premiers cas, une condamnation, ce qui prévient tout arbitraire injuste. Dans le troisième cas la condamnation à cinq ans d'emprisonnement pour crime, est substituée très modérément à la condamnation à une année d'emprisonnement pour crime ou délit introduite en 1938; et le dernier cas lui-même, le seul aujourd'hui qui ne suppose pas une condamnation, est notablement précisé par l'adjonction, nouvelle, que les actes incriminés doivent avoir été préjudiciables aux intérêts de la France (V. Colmar 8 juin 1937, R. 1938.445).

Mais surtout il faut souligner que la loi nouvelle efface l'innovation la plus fâcheuse du décret de 1938, celle qui sanctionnait de la déchéance tout acte « contraire à l'ordre public » et l'atteinte au « fonctionnement des institutions » françaises. L'ampleur et l'élasticité de ces formules équivalaient à laisser toute latitude à l'administration et rendaient ridiculement inutiles les autres cas. Or le souci de défense des intérêts nationaux ne doit pas faire perdre de vue les intérêts individuels, surtout sous une législation qui donne à l'administration les moyens de contrôler toute acquisition de la nationalité française: si l'acquisition a été admise, que la déchéance ne soit pas pratiquement discrétionnaire!

148. Procédure de la déchéance. — La déchéance est prononcée, dans les dix ans des faits incriminés (2), par un décret pris sur le rapport

(1) V. sur l'atteinte à la sûreté de l'Etat, à l'époque où la déchéance était judiciaire Trib. St-Etienne 26 juil. 1932, R. 1932.609; Douai 7 déc. 1932 sous Civ. 7 mars 1933, S. 1933.1.152, R. 1934.100; Civ. 2 déc. 1935, R. 1937.492, D. H. 1937.51. Le Conseil d'Etat a jugé régulier le décret de déchéance pris sur une condamnation frappée de pourvoi en cassation (23 mars 1945, S. 1945.3.44), mais sous le régime de la loi de 1927 qui admettait la déchéance pour toute atteinte à l'« ordre public ».

(2) On a déjà vu que les faits incriminés doivent eux-mêmes être survenus dans les dix ans de l'acquisition de la nationalité française. Le délai de l'action manifeste à nouveau la tendance libérale, à cet égard, du Code de 1945. La loi de 1927 n'auto-risait l'action en déchéance que dans les dix ans suivant l'acquisition de la nationalité française. Le décret de 1938 fit courir le délai des faits incriminés s'ils étaient postérieurs à cette acquisition, et admit qu'on tint compte des faits antérieurs. V. sur ce sujet Colmar 8 juin 1937, J. 1938.37. Il s'est appliqué aux acquisitions antérieures à 1938, sous certaines réserves. La réforme du 18 juillet 1940 supprimant ces délais a maintenu une utilité à la loi de 1927 (ou plutôt, pendant les hostilités, au décret du 9 septembre 1939) sous le régime de la loi du 22 juillet 1940 (annulée par l'ord. 24 mai 1944) prescrivant la révision des naturalisations obtenues depuis 1927; la loi du 23 juillet 1940 sur la déchéance des Français ayant quitté le territoire métropolitain entre le 10 mai et le 30 juin 1940 a cessé rétroactivement ses effets en vertu de l'ordonnance du 9 août 1944 rendant applicable sur le territoire métropolitain les lois de l'ordonnance du 18 avril 1943. Il en a été de même des lois du 10 sep. 1940 et du 18 avril 1943. Il en a été de même des lois du 10 sep. 1940 et du 18 avril 1943. Il en a été de même des lois du 10 sep. 1940 et du 18 avril 1943. Il en a été de même des lois du 10 sep. 1940 et du 18 avril 1943. V. à ce sujet Maury, *Semaine Juridique*, 1940.155; J. Mauges, *La nouvelle législation française sur la nationalité*, 1941; Roman, *La perte de la nationalité française à titre de déchéance*, thèse, Aix, 1941.



tionnaires, empiètement des autorités administratives et judiciaires (1).

2° « S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui des lois sur le recrutement de l'armée » (art. 98-3°).

3° « S'il a été condamné en France ou à l'étranger pour un acte qualifié crime par la loi française et ayant entraîné une condamnation à une peine d'au moins cinq années d'emprisonnement » (art. 98-5°).

4° « S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France » (art. 98-4°).

Ces règles présentent par rapport à celles de 1927 la différence sensible d'exiger, dans les deux premiers cas, une condamnation, ce qui prévient tout arbitraire injuste. Dans le troisième cas la condamnation à cinq ans d'emprisonnement pour crime, est substituée très modérément à la condamnation à une année d'emprisonnement pour crime ou délit introduite en 1938; et le dernier cas lui-même, le seul aujourd'hui qui ne suppose pas une condamnation, est notablement précisé par l'adjonction, nouvelle, que les actes incriminés doivent avoir été préjudiciables aux intérêts de la France (V. Colmar 8 juin 1937, R. 1938.445).

Mais surtout il faut souligner que la loi nouvelle efface l'innovation la plus fâcheuse du décret de 1938, celle qui sanctionnait de la déchéance tout acte « contraire à l'ordre public » et l'atteinte au « fonctionnement des institutions » françaises. L'ampleur et l'élasticité de ces formules équivalaient à laisser toute latitude à l'administration et rendaient ridiculement inutiles les autres cas. Or le souci de défense des intérêts nationaux ne doit pas faire perdre de vue les intérêts individuels, surtout sous une législation qui donne à l'administration les moyens de contrôler toute acquisition de la nationalité française: si l'acquisition a été admise, que la déchéance ne soit pas pratiquement discrétionnaire!

**148. Procédure de la déchéance.** — La déchéance est prononcée, dans les dix ans des faits incriminés (2), par un décret pris sur le rapport

(1) V. sur l'atteinte à la sûreté de l'Etat, à l'époque où la déchéance était judiciaire Trib. St-Etienne 26 juill. 1932, R. 1932.699; Douai 7 déc. 1932 sous Civ. 7 mars 1933, S. 1933.1.152, R. 1934.100; Civ. 2 déc. 1936, R. 1937.646, D. H. 1937.51. Le Conseil d'Etat a jugé régulier le décret de déchéance pris sur une condamnation frappée de pourvoi en cassation (23 mars 1945, S. 1945.3.44), mais sous le régime de la loi de 1927 qui admettait la déchéance pour toute atteinte à l'« ordre public ».

(2) On a déjà vu que les faits incriminés doivent eux-mêmes être survenus dans les dix ans de l'acquisition de la nationalité française. Le délai de l'action manifeste à nouveau la tendance libérale, à cet égard, du Code de 1945. La loi de 1927 n'autorisait l'action en déchéance que dans les dix ans suivant l'acquisition de la nationalité française. Le décret de 1938 fit courir le délai des faits incriminés s'ils étaient postérieurs à cette acquisition, et admit qu'on tint compte des faits antérieurs. V. déjà à ce sujet Colmar 8 juin 1937, J. 1938.87. Il s'est appliqué aux acquisitions antérieures à 1938, sous certaines réserves. La réforme du 16 juillet 1940 supprimant ces délais a maintenu une utilité à la loi de 1927 (ou plutôt, pendant les hostilités, au décret du 9 septembre 1939) sous le régime de la loi du 22 juillet 1940 (annulée par l'ord. 24 mai 1944) prescrivant la révision des naturalisations obtenues depuis 1927; la loi du 23 juillet 1940 sur la déchéance des Français ayant quitté le territoire métropolitain entre le 10 mai et le 30 juin 1940 a cessé rétroactivement ses effets en vertu de l'ordonnance du 9 août 1944 rendant applicable sur le territoire métropolitain l'ordonnance du 18 avril 1943. Il en a été de même des lois du 10 sep. 1940 et du 8 mars 1941 visant également ce qu'on a appelé « la déchéance des émigrés ». V. à ce sujet Maury, *Semaine Juridique*, 1940.165; J. Maupas, *La nouvelle législation française sur la nationalité*, 1941; Roman, *La perte de la nationalité française à titre de déchéance*, thèse, Aix, 1941.



du garde des sceaux et après avis conforme du Conseil d'Etat (art. 122). L'intéressé est préalablement avisé (par le *Journal Officiel* si son domicile est inconnu) de la mesure envisagée contre lui et a la faculté dans le mois de la notification de produire pièces et mémoires en défense (art. 121).

Le décret de déchéance est publié et produit ses effets dans les mêmes conditions que les décrets constatant la perte de la nationalité française (art. 123).

Cette procédure administrative a été substituée par le décret de 1938 à la procédure judiciaire instituée en 1927. Il faut concéder que l'avis conforme du Conseil d'Etat, après audition de l'intéressé, constitue la garantie la plus sérieuse, mais la réforme n'en exprime pas moins le caractère autoritaire de la législation nouvelle.

**149. Effets de la déchéance.** — La déchéance a lieu pour l'avenir (1). Elle peut être étendue par un décret pris dans les mêmes formes (art. 122) à la femme et aux enfants mineurs du déchu (2) mais à condition pour ces derniers qu'elle soit étendue à la femme (art. 100): comme pour l'article 96 on a voulu ménager l'unité de nationalité dans la famille tout en évitant d'infliger une déchéance sans examen de chaque cas individuel. Ce souci de l'intérêt individuel a même fait subordonner l'extension à la double condition que la femme et les enfants soient d'origine étrangère et qu'ils aient conservé une nationalité étrangère, préoccupation d'éviter l'apatridie qui n'est pas si fréquente dans la loi nouvelle (3).

(1) Le texte de 1927 renvoyait à la procédure instituée par la loi du 18 juin 1917 qui prévoyait la rétroactivité possible du jugement de déchéance à la déclaration de guerre: le silence du décret de 1938 sur ce point a éliminé les difficultés que soulevait ce renvoi et la rétroactivité; les articles 123 et 117 C. Nat. sont également formels.

(2) Le texte de 1927 renvoyant à la loi du 18 juin 1917 en exceptait au contraire l'effet collectif qui consistait en une faculté de répudiation pour la femme et les enfants mineurs.

(3) Le Conseil d'Etat avait jugé que la généralité des termes à cet égard de la loi du 22 juillet 1940 permettait de l'appliquer par extension aux enfants du naturalisé devenus Français par déclaration et non par naturalisation (23 déc. 1942, G. P. 1943.1.131). La loi du 19 avril 1943, inspirée par les circonstances de l'époque, avait réprimé d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 200 à 100.000 francs le fait par celui qui a été l'objet d'une « déchéance » ou d'un « retrait » de la nationalité française de prendre la qualité de Français ou de faire usage d'une pièce dans laquelle lui serait reconnue cette qualité. Elle a été annulée par l'ordonnance du 2 nov. 1945.



## CHAPITRE IV

### Preuve et contentieux de la nationalité

150. **Généralités.** — La loi de 1927, comme les textes antérieurs, laissait en dehors de ses dispositions les questions de la preuve et du contentieux de la nationalité. Leur importance a amené la jurisprudence et la pratique à élaborer un ensemble de solutions qui ont été consacrées pour la plupart par le Code de 1945, lequel les a cependant précisées, sur certains points modifiées, et a introduit quelques innovations importantes. Bien que la question de preuve se pose fréquemment en justice, elle mérite d'être étudiée préalablement car elle surgit plus souvent encore en dehors de toute instance.

#### Section I.

#### Preuve de la nationalité.

151. **Charge de la preuve.** — Aux termes de l'art. 138 C. Nat. « la charge de la preuve en matière de nationalité incombe à celui qui, par voie d'action ou par voie d'exception, prétend avoir ou non la nationalité française ». Cette règle applique la maxime *actori incumbit probatio* conformément à la jurisprudence antérieure quand c'est l'intéressé qui prétend être ou n'être pas français : celui qui réclame son inscription sur la liste électorale doit prouver qu'il est Français : Req. 26 avril 1875, S. 75.1.375 ; Civ. 14 et 19 mars 1877, 25 et 30 avril 1877, S. 77.1.379. V. de même pour la demande en mainlevée de séquestre Douai 15 févr. 1922, *Rec. Douai* 1922.98. Celui qui se prétend étranger, par exemple pour exciper de l'incompétence des tribunaux français ou pour obtenir l'application d'une loi étrangère, doit faire la preuve de son extranéité : Req. 21 juil. 1851, S. 51.1.685 ; Req. 24 mars 1886, S. 89.1.251 ; Req. 12 avril 1918, R. 1919.484, G. P. 1918-19.400.

Mais la jurisprudence antérieure décidait aussi que si c'est un tiers qui prétend un individu français ou étranger, la charge de la preuve lui incombe : le ministère public doit établir la nationalité de l'inculpé quand elle constitue un des éléments de l'incrimination, par exemple la nationalité française dans les poursuites pour desertion, la nationalité étrangère en cas d'infraction à un arrêté d'expulsion (v. Crim. 28 mai 1903, J. 1904.689 et les références et autres arrêts cités en grande majorité en ce sens par M. Maury, *Rép. n.* 585 ; *adde* Rouen 22 fév. 1884, G. P. 84.1.440).

Le texte nouveau paraît bien déroger à cette règle en mettant toujours la preuve à la charge de l'intéressé. Mais son alinéa second ajoute : « toutefois cette charge incombe à celui qui par les mêmes voies conteste



la qualité de Français à un individu titulaire d'un certificat de nationalité française délivré conformément aux articles 149 et suivants ». Or le système antérieur admettait déjà que l'intéressé n'avait à prouver sa nationalité française, pour l'inscription sur la liste électorale, que s'il y avait contestation (Civ. 28 avril 1880, S. 81.1.427) ; et le ministère public ne se préoccupait guère de preuve quand la nationalité de l'inculpé n'était pas contestée. La règle nouvelle précise en somme par une présomption dans quel cas la question sera réputée contestée : si l'intéressé est porteur d'un certificat de nationalité, il n'a pas à prouver sa qualité de Français pour l'inscription sur la liste électorale et le ministère public le poursuivant pour infraction à arrêté d'expulsion devra prouver sa nationalité étrangère. La présomption, ici comme ailleurs, vient simplement préciser le jeu des principes (1).

Si ces règles générales sont valables aussi bien pour la nationalité française que pour la nationalité étrangère, il n'en va pas de même de l'objet et des modes de preuves pour lesquels il faut distinguer.

**152. Objet et modes de la preuve. A. Preuve de la nationalité française.** — La nationalité française étant déterminée par la loi, l'objet de la preuve consiste à établir que l'intéressé se trouve dans un des cas définis par les textes. Mais la simplicité de cette formule ne laisse pas de poser différents problèmes auxquels la jurisprudence, dans le silence de la loi, a dû donner des solutions avant que le Code de 1945 vint les préciser.

La preuve de la nationalité française n'est en effet préconstituée que quand cette qualité a été acquise en vertu d'un acte volontaire, c'est-à-dire d'une naturalisation ou d'une option. Alors l'intéressé produit l'ampliation du décret de naturalisation, ou l'exemplaire qui lui a été retourné de sa déclaration d'option avec mention d'enregistrement (2). Ce mode de preuve est facile au moins pour l'intéressé, il ne l'est pas autant pour les tiers en l'absence de répertoires qui permettraient de rechercher une naturalisation ou une option ; aussi le Code de 1945 a-t-il prévu que lorsque ces pièces ne peuvent être produites, il y sera suppléé par une attestation délivrée par le ministre à tout requérant et constatant la naturalisation ou l'option : tâche nouvelle pour l'administration, mais incontestablement utile (3).

Mais il n'y a pas de preuve préconstituée pour le cas, pourtant fon-

(1) Cf. la circulaire du 30 octobre 1945 aux procureurs généraux : « lorsque la qualité de Français ou d'étranger est un élément constitutif d'une infraction pénale, le ministère public doit certainement en apporter une preuve suffisante pour permettre la poursuite ».

(2) Art. 141 et 139 C. Nat. Ces textes admettent, conformément à l'opinion antérieure (Maury, *Rép.* II, 585), la simple production de l'exemplaire du *Journal Officiel* ayant publié la naturalisation, ou même du *Bulletin des Lois* pour les naturalisations et les options remontant à l'époque où cette publication paraissait. On peut mentionner aussi les registres publics des réintégrations et des naturalisations par la faveur du traité de Versailles.

(3) L'art. 140 ajoute qu'une telle attestation sera la seule preuve qu'une déclaration de répudiation n'a pas été souscrite. Mais cette preuve est-elle jamais à faire ? Celui qui est Français, sauf répudiation n'a pas à prouver qu'il n'a pas répudié et on n'a pas à le prouver contre lui. C'est à celui qui allègue la répudiation, événement nouveau et non présumé, à en justifier. La présomption de l'alinéa 2 de l'article 140 paraît donc inutile.



démontrent dans le système français, de la nationalité d'origine *jure sanguinis*. L'intéressé doit donc prouver qu'il est né d'un Français; mais si son père était lui-même Français *jure sanguinis* il faut démontrer que le grand-père était déjà Français, et la démonstration est tout aussi impossible pour lui à défaut de naturalisation ou d'option; on se trouve ainsi acculé à une *regressio in infinitum* aussi dénuée de sens que pour la preuve de la propriété par la propriété de son auteur: *probatio diabolica*.

Un moyen pratique de sortir de cette impasse consiste à prouver la nationalité d'origine *jure sanguinis* par le *jus soli*: est Français celui qui est né en France d'un père lui-même né en France (art. 23 C. Nat.). La production des deux actes de naissance, qui mentionnent le lieu de naissance, établira donc la nationalité française *jure soli*. On peut aussi observer (Boulbès, n. 123) que si l'intéressé établit la naissance en France d'un de ses ascendants avant 1804 la preuve de sa nationalité française est faite selon le droit de l'époque.

Mais la preuve *jure soli* est impossible si l'intéressé ou son père n'est pas né en France, et on ne sera pas toujours renseigné sur l'ascendant né avant 1804. Le Code de 1945 décide alors (art. 143) que la nationalité française « est tenue pour établie, sauf la preuve contraire, si l'intéressé et les ascendants qui ont été susceptibles de la lui transmettre ont joui de la possession d'état de Français pendant trois générations ».

Cette disposition consacre dans son principe la jurisprudence antérieure qui n'avait pu échapper à la nécessité de fonder sur la possession d'état, même quand elle ne prononçait pas le terme, la preuve de la nationalité *jure sanguinis*, montrant par là, une fois de plus, la communauté de nature entre la nationalité et l'état des personnes. Cf. Martin, *La preuve de la nationalité* in *La nationalité dans la science sociale*, p. 335. Mais la loi nouvelle, précisant la solution antérieure, la modifie sensiblement en exigeant la preuve de la possession d'état pendant trois générations, alors que les tribunaux appréciaient précédemment dans chaque cas la valeur de la possession établie, même pendant une seule génération. Il faut probablement voir là un nouvel effet de la tendance au contrôle de l'attribution de la nationalité française; sans doute la règle repose-t-elle sur la considération relativement objective que l'assimilation est réputée accomplie à la troisième génération (v. *supra* n. 132, et les art. 23 et 24 C. Nat.), mais le système antérieur permettait de réputer Français jusqu'à preuve contraire un individu qui *probablement* l'était: la loi nouvelle, excluant les simples probabilités montre son esprit restrictif (1).

Il résulte en tous cas de cette position l'abandon de la solution juris-

(1) Elle a d'ailleurs manifesté la même tendance et exprimé la même vue sur le fond des choses en exigeant (art. 144) que la preuve de la conservation de la possession d'état pour éviter la perte de la nationalité française par l'établissement à l'étranger (art. 93) porte sur trois générations. Cette justification rapproche d'ailleurs la solution d'une règle de fond: de même que la prescription acquisitive est l'aboutissement extrême de la présomption de propriété attachée à la possession quand celle-ci se prolonge, de même le Code de 1945 en déterminant la durée de la possession d'état requise pour la preuve de la nationalité française est bien près d'avoir créé une prescription acquisitive (extinctive dans l'article 144) de cette nationalité.



prudentielle qui *présumait*, jusqu'à preuve contraire, la nationalité française du seul fait de la naissance en France (Req. 26 avril 1875, S. 75.1.375; Req. 14 juin 1887, J. 88.523; Req. 24 mars 1886, S. 89.1.251; Seine 6 nov. 1936, R. 1937.653). C'est le sens assurément aussi de l'article 142 C. Nat. rappelant que la preuve de la nationalité française « ne peut être faite qu'en établissant l'existence de toutes les conditions requises par la loi ».

**153. Notion et effets de la possession d'état de Français.** — Le Code de la nationalité n'a pas défini la possession d'état de Français, mais il est légitime de se référer au sens ordinaire de cette notion, comme l'a d'ailleurs fait la jurisprudence antérieure. Les tribunaux recherchent si l'intéressé et ses ascendants se sont conduits comme des Français, ont été qualifiés tels, traités et regardés comme tels. On retiendra donc les pièces administratives qualifiant l'intéressé de Français, telles que les passeports, les certificats d'immatriculation dans un consulat de France, la carte d'identité de Français instituée par la loi du 27 octobre 1940, les certificats de nationalité que les juges de paix ont été autorisés à délivrer par la circulaire du 12 octobre 1941, les réponses de la Chancellerie aux questions que les intéressés lui ont posées sur leur cas personnel. La conduite d'un Français se reconnaîtra par exemple à ce qu'il aura accompli les obligations militaires françaises (Req. 26 avril 1875, S. 75.1.375), à ce qu'il a régulièrement vécu en France (v. Paris 18 mars 1823, C. N. 7.2.183; Bordeaux 17 mai 1848, D. P. 48.5.182, S. 48.2.552; Seine 19 nov. 1895, *Le Droit* 24 déc. 1895), à ce qu'il a épousé en France une Française (Seine 19 nov. 1895, précité). Il est traité comme Français s'il a été soumis aux obligations militaires françaises (v. Cass. 26 avril 1875 précité), s'il a été inscrit sur la liste des jurés (Cass. 20 déc. 1889, *Le Droit* 31 déc. 1889), sur la liste électorale (Cass. 28 mars 1889, P. F. 89.1.412), s'il a été nommé fonctionnaire (Paris 7 avril 1943, S. 1943.2.57, note Niboyet), décoré au titre français (Trib. paix Paris 6 mars 1896, G. P. 96.1.415).

Mais il va de soi qu'aucun de ces éléments n'est par lui-même décisif car il s'agit précisément de savoir si c'est à juste titre que l'intéressé a été traité ou regardé comme Français, même par l'administration, ou s'est conduit comme tel. Le juge n'est donc lié par aucun d'eux (v. Civ. 15 avril 1926, J. 1928.161; surtout s'il s'agit d'une pièce administrative étrangère, Civ. 9 avril 1937, R. 1937.662), fût-ce l'accomplissement des obligations militaires (Nancy 16 juin 1877, S. 78.2.15; Toulouse 22 mai 1880, S. 80.2.294; Alger 7 mars 1898, Rec. Alger 98.385) ou l'immatriculation dans un consulat, Aix 28 janv. 1920, S. 1922.2.129, J. 1923.99; Alger 3 févr. 1926, *Sommaires* 1926.3374; cf. décret du 24 oct. 1935, Jordan, *Des preuves de la nationalité et de l'immatriculation*, *Rev. de dr. int. et de leg. comp.* 1907.267. Ces différents facteurs peuvent seulement *contribuer* à établir que l'intéressé s'est comporté et a été traité et regardé comme un Français. (V. cep. en sens contraire pour la nomination à un poste de fonctionnaire par le gouvernement Paris 7 avril 1943, S. 1943.2.57, note Niboyet, motifs).

Aux termes près c'est la définition même de la *possession d'état* (v. Seine 17 juil. 1942, S. 1943.2.57, note Niboyet) et si l'idée a été par-



fois rejetée (v. Paris 20 juil. 1921, J. 1921.557) ou limitée par certains auteurs à la preuve de la nationalité des parents de l'intéressé (Aubry et Rau, 5<sup>e</sup> éd., I, p. 351; Pouillet, *Manuel*, 2<sup>e</sup> éd., p. 51; de Lapradelle, R. 1928.122) elle s'impose avec la nécessité inéluctable des faits: l'état des personnes comme les droits réels doit se prouver par les apparences constantes à défaut de certitude sur la réalité, et la loi s'en est remise nécessairement à ce mode de preuve en définissant *jure sanguinis* la population constitutive de l'Etat Français. Cf. Martin, *La preuve de la nationalité* in *La nationalité dans la science sociale*, p. 335. A nouveau on constate que la nationalité est naturellement traitée comme un élément de l'état des personnes.

Mais la loi n'ayant pas attribué avant 1945 de force probante déterminée à la possession d'état en matière de nationalité, comme elle lui en a donné une en matière de mariage ou de filiation, il est légitime que la jurisprudence ne la lui ait reconnue que jusqu'à preuve contraire (1). Le Code de 1945 tient la nationalité française pour prouvée si la possession d'état de français est établie pour trois générations, mais il réserve expressément la preuve contraire.

La preuve contraire à apporter est soit celle de la perte de la nationalité française, soit celle que « l'intéressé ne remplit aucune des conditions exigées par la loi pour avoir la qualité de Français » (art. 138). Cette dernière règle exclut la simple preuve de la possession d'une nationalité étrangère, et cette justification certes n'impliquerait pas l'inexistence de la nationalité française; mais on pouvait estimer avant 1945 qu'elle ébranlait suffisamment les présomptions offertes pour que le juge estimât celles-ci non concluantes. On constate à nouveau que le Code de 1945, en accentuant ses exigences sur la durée de la possession d'état, ne se contente plus de simples probabilités. Bien entendu quand la qualité de Français a été établie c'est à celui qui en allègue la perte à la prouver (Poitiers, 26 juin 1829, D. P. 30.2.149, S. 30.2.997; Maury, n. 591) (2).

**154. Les certificats de nationalité française.** — Le Code de la nationalité a finalement prévu un moyen de preuve officiel de la nationalité française. Le besoin en était tel que les maires et commissaires de police avaient pris l'initiative de délivrer des certificats de nationalité: les garanties, comme on l'a bien observé (Boulbès, n. 130), étaient à peu près nulles et les risques d'erreur nombreux. Aussi des circulaires du Garde des Sceaux (12 oct. 1941, 13 avril 1942, 6 mars 1943, 10

(1) V. Amiens 26 nov. 1891, J. 95.390; Trib. Tunis 3 avril 1916, J. 1917, 632, R. 1917. 272; Trib. Strasbourg 18 nov. 1919, R. 1920.459; Aix 28 janv. 1920, S. 1922.2.129, J. 1923.99. Cf. Civ. 28 déc. 1920, S. 1922.1.30, R. 1922.316; en ce sens Valéry, *Manuel*, n. 358; Champcommunal, R. 1919.245, Maury, n. 592; Lerebours-Pigeonnière, n. 128; Niboyet, I, n. 140-141.

(2) D'où le peu d'utilité, semble-t-il, de l'article 140 C. Nat., prévoyant la preuve de la non-répudiation de la nationalité française. On a proposé l'indication de la nationalité dans l'acte de naissance avec mention en marge des événements ultérieurs qui l'affectent (Champcommunal, R. 1919.234; Ed. Lévy, *Rev. pol. et parl.* avril 1920, p. 108). Mais ce ne pourrait être qu'une présomption (sic Niboyet, I, p. 170, note 1) et la question soulève tout le problème du casier civil. La réforme a été réalisée en Italie (*Annuaire de législ. étr.* 1919, p. 76). Sur un projet de tribunal administratif qui « franciserait » les intéressés, v. Gruffy, J. 1916.1106, 1526.



nov. 1944) avaient-elles autorisé finalement les juges de paix à délivrer ces certificats.

Le Code de 1945 donne valeur légale à cette pratique en spécifiant (art. 149) que le juge de paix, seul qualifié dorénavant, doit exiger du requérant la justification de la nationalité française dont il demande la constatation (1).

Le certificat, qui mentionne les justifications produites, ne fait foi que jusqu'à preuve contraire (art. 150): utilisable dans la vie administrative et sociale, il peut être contesté devant le tribunal civil, seul juge des questions de nationalité; mais il donne à son titulaire l'avantage précieux, et justifié, étant donné l'examen préalable du juge de paix, d'être déchargé du fardeau de la preuve (art. 138).

Si, au contraire, le juge de paix, estimant non concluantes les justifications produites, refuse le certificat sollicité, le requérant peut s'adresser au ministre de la Justice (et non de la Population, v. Boulbès, S. 1946.5.201, n. 132), qui apprécie.

**155. B. Preuve de la nationalité étrangère.** — La preuve de la perte de la qualité de Français est prévue par la loi, puisque cet événement est subordonné à la constatation de faits précis (art. 147); et elle est même préconstituée quand cette constatation doit avoir lieu sous la forme d'un acte juridique tel que la répudiation, l'option de la Française pour la nationalité de son mari, les décrets de perte ou de déchéance de la nationalité française ou l'autorisation par le gouvernement de conserver une nationalité étrangère. Les articles 145 et 146 C. Nat. prévoient la preuve des options et des décrets dans les mêmes formes que pour les options acquisitives de la nationalité française et les décrets de naturalisation (2). Cette preuve n'établit une nationalité étrangère déterminée que quand la perte de la nationalité française est subordonnée à l'acquisition ou à la conservation d'une certaine nationalité étrangère (3). Autrement il en résulte seulement que l'intéressé n'est plus Français (4).

La preuve d'une nationalité étrangère déterminée n'est une question de droit pour le juge français que quand elle résulte d'un traité liant la France. V. pour la nationalité polonaise d'un ex-Allemand né en Posnanie et propriétaire d'immeubles dans cette province par application du Traité de Versailles, art. 91, Colmar 31 oct. 1928. *Rev. jur. Als. Lorr.* 1929. 366 (v. aussi l'art. 7 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930). Autrement il s'agit d'une question de fait. V. Req. 21 juil. 1851, S. 51.1.

(1) La compétence exclusive du juge de paix est affirmée certainement à l'encontre de la pratique administrative antérieure, mais non, semble-t-il, à l'encontre de celle des agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, généralement compétents en matière de nationalité. La lettre du texte n'impose pas de compétence *ratione loci*.

(2) Le parallélisme visiblement intentionnel des règles, et exprimé à l'article 146, permet d'éclairer par l'article 139 la formule trop étroite « du requérant » dans l'article 145.

(3) Mais cette preuve ne s'impose aux parties que sous réserve de sa discussion en justice : Req. 2 mai 1930, S. 1931.1.97, J. 1930.995, R. 1930.476.

(4) La preuve directe de la simple extranéité par un individu qui n'aurait jamais été Français sera rarement utile, car le droit moderne tient à placer systématiquement l'apatride dans la situation la plus défavorable. En tous cas le simple récépissé d'une déclaration d'étranger n'y suffirait pas, Seine 3 août 1909, *Gaz. Trib.* 20 nov. 1909.



685: Civ. 13 juil. 1933, S. 1933.1.341, J. 1935.380, R. 1934.703, note Ancel.

Sans doute le juge français s'adressera-t-il d'abord à la loi de la nationalité invoquée pour examiner si les prétentions de l'intéressé sont fondées: Req. 15 mars et 1<sup>er</sup> août 1922, D. P. 1923.1.97, S. 1922.1.364, J. 1922.399, 1923.894; Req. 20 nov. 1922, J. 1923.548, Req. 18 nov. 1924, J. 1925.142. Et s'il est soutenu que la nationalité actuelle a été acquise en raison de la perte d'une nationalité antérieure, par exemple à l'occasion d'un mariage, le juge français confrontera les deux lois étrangères pour savoir si la concordance invoquée est réelle: v. Seine 18 mars 1914, G. P. 1914-15.55; Trib. Com. Seine 10 avril 1919, G. P. 1919.2.137; Seine 19 janv. 1920, G. P. 1920.1.171.

Mais la seule interprétation d'une loi étrangère est, comme on le reverra (n. 327), une question de fait, même en matière de nationalité (Req. 29 nov. 1922, J. 1923.548; Req. 8 juin 1926, J. 1927.436). Et d'autre part il n'est pas toujours possible d'entériner la solution qui résulte de la loi étrangère. Si, en effet, cette dernière attribue sa nationalité à un individu qui n'a en fait aucun rapport avec le pays où elle est en vigueur, sa solution ne correspond à aucune réalité et le juge français ne saurait déférer à des prétentions abusives d'une puissance étrangère: statuant en fait puisque l'ordre du législateur étranger, ne s'adressant pas à lui, ne constituera pas pour lui proprement le droit (v. *infra* n. 327) il ne peut que constater l'irréalité du fait à l'appui duquel on invoque la loi étrangère. V. pour la Constitution brésilienne de 1881 écartée comme « anormale » parce que nationalisant tous les résidents, Seine 13 juil. 1915, R. 1915-16.67; 1<sup>er</sup> févr. 1916, R. 1915-16.217. Cf. Constitution de l'Afghanistan, R. 1935.276.

Le résultat s'impose avec nécessité quand deux lois étrangères se trouvent en conflit positif, attribuant leur nationalité à un même individu: force est bien de choisir la prétention qui correspond à la réalité. Mais le juge français ne saurait cependant attribuer une nationalité à un individu contrairement à la loi qui l'institue car ce serait à nouveau se mettre en contradiction avec les faits (1). Cf. cep. la tendance notée par M. Ancel, R. 1934.705, et *supra* n. 81.

D'autre part la nationalité étrangère peut ne pas résulter de faits constants prévus par des textes clairs, principalement dans le cas du *jus sanguinis*, et il s'agit alors à double titre d'une question de fait. La jurisprudence la résout nécessairement comme la preuve de la nationalité française *jure sanguinis* par la possession d'état (Civ. 13 juil. 1933, S. 1933.1.341, R. 1934.703, note Ancel; v. Politis, note au D. P. 1905.2.73) et

(1) Les tribunaux ont parfois présumé, sans le vérifier autrement, ce qu'on peut critiquer, qu'un naturalisé déchu avait conservé son ancienne nationalité: Req. 21 mars 1933, D. H. 1933.266, J. 1934.361, R. 1934.101, note J.-P. N. On peut plus facilement expliquer le maintien sous séquestre des biens du déchu sans vérification que ce dernier ressortissait encore à une puissance ennemie, en raison du but et de l'esprit de cette mesure: Req. 25 oct. 1932, D. P. 1933.1.179, S. 1933.1.69, J. 1933.895. En ce sens Lerebours-Pigeonnière p. 148. V. aussi Seine 19 janv. 1920, G. P. 1920.1.171 déclinant la nationalité russe à une Roumaine ayant épousé un Russe, malgré l'accord en ce sens des deux lois, parce que le mariage célébré en France sous la forme séculière était nul au regard de la loi russe.



la présomption attachée au lieu de naissance de l'intéressé (ou de ses parents quand la filiation est connue sans que la nationalité des parents le soit): Civ. 21 avril 1887, G. P. 87.1.650; *adde*, note P. Chauveau, D. P. 1930.2.185). La possession d'état, qui peut être constatée par un acte de notoriété (Cass. 28 déc. 1920, G. P. 1921.1.253) l'est souvent par des actes officiels étrangers; on ne peut leur attribuer de plein droit force probante décisive en France même quand ils l'ont à l'étranger puis-que nous ne sommes pas liés en cette matière même par la loi étrangère et que les jugements étrangers eux-mêmes statuant sur une question de fait n'ont pas autorité de plein droit en France: *a fortiori* pouvons-nous écarter un acte administratif ou judiciaire soit qu'il se borne à appliquer la loi à des faits incontestés, soit qu'il apprécie des faits prétendus constitutifs de possession d'état. V. Seine 7 nov. 1916, R. 1917.95 (cf. cependant Niboyet, I, n. 143). Mais en fait, bien entendu, l'attestation officielle étrangère a normalement le plus grand poids, v. Req. 20 juin 1893, J. 95.318 (1). Par contre le passeport n'est pas par lui-même suffisant: Trib. Nice 15 avril 1920, G. P. 1920.2.96; Trib. Strasbourg 12 janv. 1921, *Rev. jur. Als. Lorr.* 1921.183. La carte d'identité d'étranger mentionnant la nationalité l'est encore moins.

Quand la nationalité est prouvée le changement ne se présume pas, Paris 16 févr. 1921, *Gaz. Trib.* 28 mars 1921.

Le Code de la nationalité a consacré ces résultats en énonçant que « la preuve de l'extranéité peut être faite par tous les moyens » (art. 148) (2).

## Section II

### Contentieux de la nationalité.

156. **Compétence des tribunaux judiciaires.** — Le contentieux de la nationalité est déféré aux *tribunaux judiciaires*. Cette règle n'a été consacrée, avant l'article 124 C. Nat., que par des textes particuliers et de manière incidente (v. art. 3, L. 10 août 1927; art. 26, L. 31 mars 1928), mais elle s'est imposée sans discussion à une époque où nul ne doutait que la nationalité ne fût un élément de l'état des personnes. En fait elle n'est pas contestée malgré l'évolution de la doctrine. V. cependant, Jordan, *Bull. Soc. Leg. Comp.* 1918-19.355.

La *juridiction administrative* a d'ailleurs sa compétence propre dont l'existence, indiscutée, caractérise bien l'aspect de la nationalité qui relève vraiment du droit public: la légalité des décrets pris en matière de nationalité, par exemple des décrets de naturalisation. Il y a là en

(1) Pour la force probante obligatoire des certificats étrangers, v. le projet italien, R. 1935.361. V. pour une demande de congé de nationalité, élément de la possession d'état, Paris 9 janv. 1915, *Gaz. Trib.* 17 oct. 1915.

(2) Le texte réserve les « cas de perte et de déchéance de la nationalité française »: il est bien certain que dans ces cas la preuve de l'extranéité elle-même résulte de la loi française et doit donc être établie conformément à ses règles. Mais dans ces cas comme dans les autres la preuve d'une nationalité étrangère déterminée se fera par tous moyens.



effet l'intervention d'un service public dont la régularité est soumise au contrôle du Conseil d'Etat. En dehors de ce domaine la juridiction administrative est incompétente: Cons. d'Etat. 15 févr. 1929, *Rec. Lebon* 1929.189; si la question de nationalité se pose accessoirement à un litige de sa compétence, elle doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil ait prononcé parce que, dit le Conseil d'Etat lui-même, il s'agit d'une question d'état des personnes, à moins toutefois que la contestation élevée sur la nationalité ne soit pas sérieuse et constitue un pur procédé dilatoire (1). L'article 124 C. Nat. consacre ce principe.

Le Conseil d'Etat ne serait pas non plus compétent dans le cas où le gouvernement aurait conclu un accord diplomatique sur un litige relatif à la nationalité d'un particulier: ces accords en effet sont le type des actes de gouvernement qui ne peuvent être déférés au Conseil d'Etat statuant au contentieux. V. Duez, *Les actes de gouvernement*, 1935, p. 52 et s. Quant aux tribunaux judiciaires, ils seraient également empêchés d'en connaître, et aussi de les méconnaître, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs; dans le sens de cette solution Maury, *Rép. V° Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 4.

Parmi les tribunaux judiciaires ce sont les juridictions civiles de droit commun qui doivent être saisies. Les juridictions d'attribution comme le juge de paix, le conseil des prud'hommes, le juge des référés ou le tribunal de commerce doivent se dessaisir, même quand la question se pose accessoirement à un litige de leur compétence, pourvu qu'elle soit sérieuse, ce qu'ils vérifient eux-mêmes sous le contrôle du juge d'appel ou de cassation (2). Cet accroc à la règle que le juge de l'action est juge de l'exception, consacré par l'article 125 C. Nat., est expliqué par l'idée que la nationalité fait partie de l'état des personnes, qui constitue, comme on sait, une question préjudicielle: v. Glasson, Tissier et Morel, *Procédure civile*, I, n. 285; Cass. 14 mars 1877, S. 77.1.379; 25 mars 1879, S. 79.1.427; 21 mai 1890, G. P. 90.2.102: La persistance de cette solution est digne de remarque, tant en l'absence de texte avant 1945, que dans le texte de cette date.

Quant aux juridictions répressives la jurisprudence s'était fixée sur une distinction peu facile à justifier, admettant la compétence des tribunaux de droit commun, en vertu de la règle que le juge de l'action est juge de l'exception, mais excluant celle des tribunaux d'exception, notamment militaires, parce qu'il s'agit d'état des personnes, question préjudicielle. V. Maury, *Rép. eod. V°* n. 7 et les références; *adde Crim.* 28 mai 1903,

(1) V. Cons. d'Etat 5 juin 1838, D. P. 39.3.26, S. 39.2.172 (conseil de révision) 8 février 1901, D. P. 1902.3.40, S. 1903.3.95; 27 juil. 1917, G. P. 1916-17.790; 27 avril 1923, G. P. 1923.2.24. Pour des exemples de contestation non sérieuse: Cons. d'Etat 15 janv. 1892, D. P. 93.3.61, S. 93.3.142; 8 mars 1907, S. 1909.3.80 (conseils de révision); Cons. préf. Seine-Inf. 22 juin 1888, *Le Droit* 5 déc. 1888, J. 91.950. *Adde* les autres décisions citées par M. Maury, *Rép.*, V° *Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 7.

(2) V. Maury, *Rép. eod. V°*, n. 7 et les références. *Adde* Cass. 28 mars 1889, G. P. 89.1.676; 24 mars 1891, G. P. 91.1.579; 20 nov. 1894, G. P. 95.1.536; 22 mars 1899, G. P. 99.2.342; Seine 3 janv. 1945, G. P. 24 févr. 1945. V. spécialement pour les tribunaux de commerce, Trib. com. Seine 15 janv. 1897, *Gaz. Trib.* 16 févr. 1897, J. 97.354. La Cour de cassation a cependant donné la solution contraire pour le président du tribunal civil statuant en matière de séquestre des biens ennemis: Req. 8 nov. 1921, S. 1922. *Somm.* I, 2; 28 juin 1922, S. 1922. *Somm.* I, 82; cette solution doit sans doute être considérée comme écartée par les termes formels de l'art. 125, al. 2 C. Nat.



*Gaz. Trib.* 1903.2.166; 29 juil. 1904, S. 1907.1.373; 30 mai 1908, D. P. 1909.1.364, S. 1911.1.306; Cons. rev. Paris 26 mai 1907, *Le Droit* 24 juin 1888. Le Code de 1945 (art. 126), élargissant logiquement la compétence des tribunaux civils, qualifie la question préjudicielle de, avant toutes les juridictions répressives statuant sans jury criminel. On a allégué (Boulbès, S. 1946.5.201, n. 105) à l'appui de cette réserve que « le jury représente la souveraineté du peuple, source de l'allégeance », mais n'en est-il pas de même des juges professionnels? Admettons qu'en a voulu, pour les raisons habituelles, éviter un alourdissement de la procédure d'assises, précédée d'une instruction suffisamment contrôlée (en ce sens la circulaire aux procureurs généraux du 30 oct. 1945). La juridiction devant laquelle l'exception de nationalité est soulevée doit renvoyer les parties à saisir dans les trente jours le tribunal civil, et surseoir à statuer jusqu'à l'expiration de ce délai ou la décision du tribunal civil s'il a été saisi.

La compétence *relative*, décide l'article 127, est celle du tribunal de la résidence de celui dont la nationalité est en cause (le tribunal de la Seine s'il n'a pas de résidence en France). La règle n'étant pas, de sa nature, d'ordre public, ne vaut sans doute que pour les instances dont l'objet principal est la question de nationalité.

157. **Parties à l'instance.** — Le litige sur la nationalité peut s'élever entre deux particuliers si son occasion est une question de droit privé, telle que l'établissement d'une filiation. Mais il se déroule entre un particulier et l'Etat, si sa source est une question de droit public telle que l'incorporation dans l'armée ou l'accès à une fonction publique.

Le Code de la nationalité décide alors que l'Etat est représenté par le ministère public (art. 132). Il tranche heureusement par là une question précédemment controversée (1).

Il tranche aussi (art. 128) la question plus controversée encore de savoir si un particulier peut intenter une action contre le ministère public pour faire statuer sur sa nationalité en l'absence de toute contestation de celle-ci par un service public ou par un autre particulier. On l'avait nié au nom de la maxime « pas d'intérêt, pas d'action », et en alléguant que cette action « abstraite » en reconnaissance de nationalité demande aux tribunaux une consultation alors que leur rôle est de trancher des litiges (Niboyet, I, p. 150). Mais il faut observer que l'intérêt à agir en justice peut être simplement moral, et que chacun a un intérêt moral réel à voir fixer en cas de doute s'il est Français ou non. Assurément l'Etat, par hypothèse, n'y a pas contredit, mais l'assignation du ministère public en sera précisément l'occasion s'il le juge bon. Le ministère public représente, sous les ordres du ministre de la justice, l'Etat, et a mission de veiller à l'application des lois; on lui reconnaît, de manière de plus en

(1) On tendait à admettre la représentation de l'Etat par le ministre intéressé, mais certains généralisaient la compétence attribuée au préfet par les lois militaires (v. L. 31 mars 1928, art. 26; et sur la question, Maury *Rép. V. Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 15). L'article 132 C. Nat. doit être considéré comme abrogeant la règle antérieure contraire de la loi sur le recrutement de l'armée. Le préfet pouvait d'ailleurs se faire représenter par le ministère public; Civ. 28 déc. 1920, S. 1922.136, R. 1922.316.



Gaz. Trib. 1903.2.166; 29 juil. 1904, S. 1907.1.373; 30 mai 1908, D. P. 1909.1.364, S. 1911.1.306; Cons. rev. Paris 26 mai 1887, Le Droit 24 juin 1888. Le Code de 1945 (art. 126), élargissant logiquement la compétence des tribunaux civils, qualifie la question préjudicielle devant toutes les juridictions répressives statuant *sans jury criminel*. On a allégué (Boulbès, S. 1946.5.201, n. 105) à l'appui de cette réserve que « le jury représente la souveraineté du peuple, source de l'allégeance », mais n'en est-il pas de même des juges professionnels? Admettons qu'on a voulu, pour les raisons habituelles, éviter un alourdissement de la procédure d'assises, précédée d'une instruction suffisamment contrôlée (v. en ce sens la circulaire aux procureurs généraux du 30 oct. 1945). La juridiction devant laquelle l'exception de nationalité est soulevée doit renvoyer les parties à saisir dans les trente jours le tribunal civil, et surseoir à statuer jusqu'à l'expiration de ce délai ou la décision du tribunal civil s'il a été saisi.

La compétence *relative*, décide l'article 127, est celle du tribunal de la résidence de celui dont la nationalité est en cause (le tribunal de la Seine s'il n'a pas de résidence en France). La règle n'étant pas, de sa nature, d'ordre public, ne vaut sans doute que pour les instances dont l'objet principal est la question de nationalité.

**157. Parties à l'instance.** — Le litige sur la nationalité peut s'élever entre deux particuliers si son occasion est une question de droit privé, telle que l'établissement d'une filiation. Mais il se déroule entre un particulier et l'Etat, si sa source est une question de droit public telle que l'incorporation dans l'armée ou l'accès à une fonction publique.

Le Code de la nationalité décide alors que l'Etat est représenté par le ministère public (art. 132). Il tranche heureusement par là une question précédemment controversée (1).

Il tranche aussi (art. 128) la question plus controversée encore de savoir si un particulier peut intenter une action contre le ministère public pour faire statuer sur sa nationalité en l'absence de toute contestation de celle-ci par un service public ou par un autre particulier. On l'avait nié au nom de la maxime « pas d'intérêt, pas d'action », et en alléguant que cette action « abstraite » en reconnaissance de nationalité demande aux tribunaux une consultation alors que leur rôle est de trancher des litiges (Niboyet, I, p. 150). Mais il faut observer que l'intérêt à agir en justice peut être simplement moral, et que chacun a un intérêt moral réel à voir fixer en cas de doute s'il est Français ou non. Assurément l'Etat, par hypothèse, n'y a pas contredit, mais l'assignation du ministère public en sera précisément l'occasion s'il le juge bon. Le ministère public représente, sous les ordres du ministre de la justice, l'Etat, et a mission de veiller à l'application des lois; on lui reconnaît, de manière de plus en

(1) On tendait à admettre la représentation de l'Etat par le ministre intéressé, mais certains généralisaient la compétence attribuée au préfet par les lois militaires (v. L. 31 mars 1928, art. 26; et sur la question, Maury *Rép. V. Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 15). L'article 132 C. Nat. doit être considéré comme abrogeant la règle antérieure contraire de la loi sur le recrutement de l'armée. Le préfet pouvait d'ailleurs se faire représenter par le ministère public : Civ. 28 déc. 1920, S. 1922.1.30. R. 1922.316.



plus générale, le droit d'agir d'office pour l'application des lois intéressant l'ordre public, et notamment en matière de nationalité (v. Colmar 19 mai 1868, S. 68.2.245; Civ. 30 nov. 1920, D. P. 1921.1.177; Civ. 18 nov. 1925, S. 1925.1.369; Civ. 9 janv. et 15 déc. 1924, D. P. 1926.1.155, R. 1925.231, note Chéron (1); la défense aux actions d'un particulier n'est que le corollaire de cette prérogative; on aboutira non à une simple consultation mais à une décision ayant force de chose jugée (2).

Les auteurs se sont montrés généralement favorables à cette action (Ancel, *L'action en reconnaissance de nationalité*, R. 1932.432; Maury, *loc. cit.* n. 17; Plaisant, *Le contentieux et la preuve de la nationalité*, J. C. P. 1946.516; Chauveau note au D. P. 1938.2.81; v. cep. *contra* Audinet, J. 1917.1253) et les tribunaux et cours d'appel l'ont à peu près toujours accueillie (3). Le Code de 1945 en admettant cette action (art. 129) a consacré une tendance légitime de la doctrine et de la jurisprudence, il a spécifié que le procureur de la République seul, à l'encontre du préfet ou de tout autre fonctionnaire, était qualifié pour défendre à l'action (V. Boulbès, n. 109).

La loi nouvelle consacre aussi (art. 130), ce qui faisait beaucoup moins difficulté, le droit d'action du ministère public pour établir qu'un individu est Français ou ne l'est pas. Le ministère public *devra* même agir s'il en est requis par une administration ou un particulier ayant soulevé l'exception de nationalité devant une juridiction qui a sursis à statuer conformément à l'article 125 (art. 131) (4).

**158. Jugement. Autorité de la chose jugée.** — La procédure est pour le surplus soumise au droit commun, notamment à la saisine par voie

(1) Ces deux derniers arrêts sont relatifs à l'application du traité de Versailles pour laquelle le décret du 11 janv. 1920, art. 2, prévoit spécialement l'action du procureur de la République. Mais on a justement relevé que leurs motifs sont tout à fait généraux (v. Maury, *loc. cit.*, n. 16).

(2) On concevrait aussi bien que deux époux, incertains de la validité de leur mariage, assignent le ministère public en déclaration de validité pour la raison qu'ils pourraient être assignés par lui en nullité. Les relations de droit privé sont réglementées par la loi dans l'intérêt commun dont le représentant est le ministère public. Si celui-ci peut agir contre les particuliers au nom du bien commun il est légitime, en contrepartie, que les particuliers s'adressent à lui pour lui demander de fixer sa position à leur égard. Il s'agit bien d'une action contentieuse qui doit être jugée à l'audience publique; c'est ainsi que l'a entendu implicitement la jurisprudence citée *infra* note 3, et explicitement Trib. Alger 29 mai 1937, D. P. 1938.2.81, note Chauveau en ce sens; v. aussi Audinet J. 1927.1249; *contra* cependant Poitiers 16 oct. 1916, J. 1917.643.

(3) V. Seine 22 févr. 1888, J. 88.201; Douai 9 juil. 1890, G. P. 90.2.205 (action contre le préfet); Seine 18 déc. 1917, R. 1919.103; 14 févr. 1918, J. 1918.703; 20 juin 1918, J. 1918.1219, R. 1919.527; Colmar 13 juillet 1920, *Revue jur. Als. Lorr.* 1920.517, 24 avril 1923, R. 1924.128; Trib. Grenoble 19 nov. 1924, J. 1925.1000; Trib. Alger 19 mai 1937, D. P. 1938.2.81, note Chauveau; Rabat 25 oct. 1933, *Rec. Rabat* 1933.569, *Gaz. Trib. Maroc* 1933.281, note Chauveau; Rabat 25 oct. 1933, note Maury, *Gaz. Trib. Maroc* 16 mars 37 déc. 1933; 9 déc. 1939, J. C. P. 1941.1724, note Maury, *Gaz. Trib. Maroc* 16 mars 1940; Paris 7 avril 1943, S. 1943.2.57, note Niboyet; *contra* Besançon 9 janv. 1895, S. 95.2.16, note Pillet, J. 97.665. Les dépens sont à la charge du demandeur parce que l'instance est introduite dans son intérêt, Paris 7 avril 1943, précité.

(4) L'article 131 ajoute que « le tiers requérant devra être mis en cause et, sauf s'il obtient l'assistance judiciaire, fournir caution de payer les frais de l'instance et les dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné ». Ces dispositions ne suppriment pas, semble-t-il, le droit du tiers de saisir lui-même le tribunal civil; le ministère public sera simplement mis en cause (art. 133). L'administration au contraire est nécessairement représentée, en matière de nationalité par le ministère public (art. 132). V. cep. *contra* Plaisant, J. C. P. 1946.516.



d'assignation sauf texte particulier en sens contraire (art. 128) (1). On notera que la matière touche assez directement à l'ordre public pour que non seulement elle ne soit pas susceptible de convention ou de transaction (Req. 3 avril 1935, R. 1936.114) ni même d'acquiescement (Paris 22 nov. 1916, *Gaz. Trib.* 30 déc. 1916), mais pour que le juge doive soulever la question d'office (art. 125 C. Nat.), et qu'elle puisse être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 26 mars 1879, S. 79.1.427; Civ. 4 mai 1921, G. P. 1921.2.77). Le ministère public doit être mis en cause (art. 133) et entendu en ses conclusions motivées, ceci même en cas de saisine par requête (art. 134).

Le Code de la nationalité, par une innovation remarquable, exige (art. 135) sous peine d'irrecevabilité de la demande *le dépôt au ministère de la Justice d'une copie de l'assignation* (ou de la requête). Le tribunal (ou la Cour, v. l'art. 135, al. 4) ne pourra statuer que trente jours après le dépôt (2). Cette disposition permettra à la Chancellerie (v. la circulaire du 30 octobre 1945), de constituer une documentation complète du contentieux de la nationalité; elle lui permettra aussi, comme le souligne le délai de trente jours pour statuer, de faire connaître au Parquet sa manière de voir; celle-ci sera souvent précieuse en fait en raison des documents dont le service dispose (v. les exemples donnés par Boulbès, S. 1946.5.201, n. 115, d'affaires dans lesquelles les tribunaux ont ignoré des déclarations d'option ou des décisions administratives); elle orientera en droit la jurisprudence, sous le contrôle sans doute de la Cour de cassation, mais avec l'expérience et la compétence d'un service spécialisé.

Cette innovation modifie sensiblement les données du problème de la *relativité de la chose jugée*. Cette relativité prête autant à critique en matière de nationalité que pour l'état des personnes en général. Mais la Cour de cassation l'ayant maintenue dans ce domaine général, les auteurs les plus qualifiés pensaient qu'il n'y avait pas de raison de l'exclure en matière de nationalité: Maury, *Rép. v° Théorie du contentieux de la nationalité*, n. 33; Lerebours-Pigeonnière p. 154; Niboyet, I, p. 151; Audinet, J. 1917.1254. La jurisprudence était cependant divisée (3).

Le Code de 1945 (art. 136) attribue aux décisions des tribunaux civils en la matière autorité « à l'égard de tous ». Il n'est pas douteux que la mise en cause obligatoire du ministère public et la communication de l'assignation ou de la requête à la Chancellerie éliminent pratiquement

(1) On cite (Boulbès, n. 208) le décret du 2 février 1852, art. 22, admettant la saisine par requête en matière d'inscription sur la liste électorale. L'art. 128 réserve aussi la saisine par requête prévue à l'article 105 dans le cas de refus d'enregistrement d'une option.

(2) Dix jours en matière électorale. La circulaire du 30 oct. 1945 aux procureurs généraux admet que l'accusé de réception de l'envoi de la copie par lettre recommandée justifie du dépôt. La circulaire du 13 déc. 1938, qui reste en vigueur (circ. 30 oct. 1945) enjoint aux parquets d'adresser à la chancellerie une expédition des décisions rendues dans les trois jours de leur prononcé. Le caractère administratif de ce contrôle permet de douter qu'on ne puisse l'opposer qu'*in limine litis*. V. cep. Plaisant, J.-C. P. 1946.I.516. Cf. Rabat 17 déc. 1946, J. C. P. 1947.II.3480.

(3) V. pour la relativité Pau 23 juil. 1889, D. P. 90.2.85, S. 90.2.183, Rabat 29 févr. 1928, J. 1929.713; *contra* Seine 20 mai 1938, R. 1938.429, concl. Camboulives; Paris 31 mars 1941, S. 1945.2.1, note Ancel, J. C. P. 1941.1724, note Maury. Le jugement à autorité relative pouvait constituer un élément de la possession d'état (Maury, *loc. cit.* n. 33).



toute éventualité sérieuse de voir un autre intéressé articuler ultérieurement des moyens ignorés des premiers juges. Cette procédure exprime dans les institutions la nature complexe de la nationalité: élément constitutif de l'Etat, elle participe en même temps de l'état des personnes; attribuée en raison de ce second caractère à la connaissance des tribunaux judiciaires, elle est appréciée par eux avec la collaboration de l'administration; cette collaboration permet d'écarter la relativité de la chose jugée, généralement sujette à caution en matière d'état des personnes: le fameux « contradictoire légitime » a été trouvé. Cf. Plaisant, J. C. P. 1946.516.

Le lien de l'autorité de la chose jugée et de l'intervention administrative est tel que cette autorité disparaît quand cette intervention n'est pas requise, c'est-à-dire devant les juridictions répressives (art. 137): Celles-ci en effet statuent sur la nationalité quand elles comportent un jury criminel ou quand, sur l'exception de nationalité, le tribunal civil n'a pas été saisi dans les trente jours (art. 126), ou quand l'exception de nationalité n'a pas été soulevée (v. R. Boulbès, S. 1946.5.201, n. 117). Il est assez curieux de constater que ce sont ici les décisions répressives dont l'autorité est moindre (cf. Hébraud, thèse, Toulouse 1929, p. 357).



## CONDITION DES ETRANGERS

159. Le problème de la condition des étrangers. Jouiſſance des droits et exercice des droits. — En France comme dans l'ensemble des pays civilisés modernes l'étranger est regardé comme ſujet de droits: il peut circuler, contracter, ſe marier, agir en juſtice pour faire reſpecter les droits dont il jouit. Mais certains droits lui ſont cependant reſuſés: il n'en a pas la jouiſſance, il n'eſt ſujet de droits que ſous certaines réſerves.

Cette queſtion eſt préalable à celle de l'exercice des droits. Si en effet la jouiſſance d'un droit eſt reſuſée à l'étranger en France, il n'y a pas lieu de ſe demander ſelon quelles modalités il l'exercera; et peu importe notamment qu'une loi étrangère, ſa loi nationale par exemple, lui en accorde le bénéfice. Mais ſi, par contre, la jouiſſance d'un droit eſt reconnue à l'étranger en France, il faut envisager le problème de ſon exercice: la loi française poſſède en effet un ſystème de conflits de lois qui place l'exercice des droits ſous l'empire de telle ou telle légiſlation; ces règles de conflits peuvent rattacher l'exercice du droit conſidéré à une loi étrangère, qui aura compétence pour le réglementer. Et ſi cette loi ſubordonne cet exercice à des conditions qui ſont défaut en l'eſpèce ou même le prohibe abſolument, elle ſ'appliquera, nonobſtant le fait que la loi française en a reconnu, même expreſſément, la jouiſſance à l'intéreſſé.

Le problème de la condition des étrangers, préalable à celui du conflit des lois, en eſt donc diſtinct: on ne ſe demande pas quelle loi détermine l'aptitude des étrangers en France à la jouiſſance des droits, la loi française ſeule en décide parce qu'il ſ'agit du point de ſavoir dans quelle meſure l'étranger eſt regardé comme ſujet de droits dans le ſystème juridique français. La queſtion concerne donc directement le droit français, et dépend d'ailleurs des caractères de l'immigration étrangère en France qui, d'évidence, ſont propres à notre pays (1).

Ce n'eſt pas à dire, d'ailleurs, que le droit français règle la matière ſans aucune référence à des principes plus généraux relevant des relations entre Etats. Même en admettant que l'étranger, n'étant qu'un individu, ne ſoit pas ſujet du droit international public, le traitement qu'il reçoit ne peut laiſſer indifférent l'Etat dont il eſt reſſortissant. L'Etat où il ſéjourne peut donc ſe trouver obligé viſ-à-viſ de ce dernier par le droit international public. Et effectivement la Cour permanente de juſtice internationale dans ſon arrêt n° 7 (R. 1934.335, v. *ſupra*, n. 29) a admis l'exiſtence d'obligations entre Etats relative à la condition des étrangers,

(1) La diſtinction des deux ſéries de problèmes, généralement admise, a fait cependant l'objet de vives diſcuſſions. V. Wigny *Essai ſur le dr. int. pr. américain*, p. 13; Lepaulle, *Nature et méthode du dr. int. pr.*, J. 1936.284.306.



en déclarant contraire au droit international l'expropriation d'un étranger sans indemnité (1). Mais ici comme ailleurs les données positives sont rares et se réduisent souvent à de simples tendances de la pratique internationale, ou à des opinions doctrinales plus ou moins partagées (2). On indiquera les principales à l'occasion des matières qu'elles concernent. L'apport le plus précis est constitué par les traités bilatéraux; ils sont assez nombreux pour justifier une étude d'ensemble (3).

Le droit commun applicable en l'absence de traités doit distinguer entre la condition des personnes physiques et des personnes morales. S'agissant en effet de déterminer dans quelle mesure une personne étrangère est sujet de droits, on conçoit que la question se pose en des termes très différents suivant qu'on envisage celles que le droit interne reconnaît comme sujets sans restrictions ou celles pour lesquelles cette qualité est l'objet de multiples limitations et discussions.

On examinera donc dans deux chapitres successifs la condition des personnes physiques puis celle des personnes morales.

(1) V. aussi sur la jurisprudence internationale en la matière le *Rép. de dr. int.*, V° *Arbitrage international* par E. Giraud, n. 122 et 143, et notamment les arrêts de la Cour permanente de justice internationale n° 6 du 25 août 1925, et l'avis n° 6 du 10 sept. 1923.

(2) La donnée d'ensemble la moins inadéquate consisterait à dire que tout Etat est en droit de réclamer, au profit de ses nationaux à l'étranger, le traitement généralement reconnu par les législations civilisées; elle reste vague. Mais on en déduit cependant qu'un Etat pourra être tenu par le droit international d'accorder aux étrangers ce qu'il refuse à ses nationaux, par exemple une indemnité d'expropriation. V. en ce sens l'arrêt n. 7 de la Cour permanente de justice internationale, R. 1934.335. Pour la discussion de cette dernière question et les références à la doctrine et à la pratique internationale, v. le *Rép. de dr. int.*, V° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 58-95.

(3) L'ordonnance du 2 nov. 1945, art. 2, en a expressément réservé le jeu. On sait (n. 35) que le projet de convention préparé sous les auspices de la Société des Nations n'a pas été signé. V. R. 1930.218 et le *Rép. de dr. int.*, V° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 40. Un projet de convention sur la responsabilité des Etats pour dommages causés aux individus n'a pas abouti (Niboyet, II, p. 11). On consultera avec fruit sur le droit international public en matière de condition des étrangers le remarquable article *Etranger* au *Répertoire de droit international*, par S. Basdevant, et Verdross, *Règles internationales concernant le traitement des étrangers*, Cours de l'Acad. de dr. int., 1931.III.327.



## CHAPITRE PREMIER

### Personnes physiques

160. Distinction du droit public et du droit privé. — On a vu dans l'introduction générale (n. 14) que l'évolution historique a tendu à regarder de plus en plus l'étranger comme un sujet de droits au même titre que le national, c'est-à-dire à lui reconnaître les mêmes droits, au moins en droit privé. Néanmoins cette évolution, qui n'a jamais été complète, a marqué à une époque récente un point d'arrêt, et même a connu un retour en arrière; d'autre part elle n'a aucunement suivi la même marche pour le droit public. Si en effet l'unité foncière de la nature humaine, affirmée par le christianisme, et soulignée par les exigences du commerce international, a conduit à reconnaître à l'étranger les droits indispensables à l'homme en tant que tel, c'est-à-dire le bénéfice du droit privé, celui du droit public ne s'est aucunement imposé avec la même nécessité. En tant que le droit public organise la chose publique, il concerne l'individu dans la mesure où celui-ci fait partie de l'organisation politique, ce qui n'est précisément pas le cas de l'étranger, si on définit les nationaux comme la population constitutive en droit de l'organisation étatique. Assurément la seule présence de l'étranger sur le sol national oblige le droit public à tenir compte de lui, mais on conçoit que la distinction entre la condition de l'étranger en droit public et en droit privé ne s'en impose pas moins (1).

#### Section I

#### Droit public.

161. Division. — La condition des étrangers en France au regard du droit public doit être étudiée quant à leur admission en France, puis quant aux droits politiques, et à la participation aux services publics. On conçoit en effet que leur exclusion des droits politiques n'entraîne pas celle du bénéfice des services publics et que leurs rapports avec l'administration doivent d'abord s'envisager quant à leur entrée en France.

#### § 1<sup>er</sup>. — ADMISSION DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

162. Origines de la politique française de contrôle de l'immigration. — La France est restée longtemps ouverte aux étrangers. Cette

(1) La situation peut comporter des distinctions plus complexes dans le cas des étrangers immigrés dans les colonies : v. Van Asbeck, *Cours de l'Acad. de dr. int.*, 1937, III.5. Cette opposition de la condition de l'étranger en droit public et en droit privé est généralement reçue en droit comparé. V. *infra*.



tradition hospitalière remontait par delà la Révolution à l'Ancien Régime et était également admise dans d'autres grands pays comme l'Angleterre et les Etats-Unis. La fin du XIX<sup>e</sup> siècle la vit s'ébranler en raison de l'augmentation constante de l'immigration. Le phénomène était dû à l'insuffisance de notre natalité relativement aux ressources du pays comparées au surcroît de population dans des pays voisins (1). Les conséquences en ont été d'abord un problème de main-d'œuvre : les immigrants étaient désirables là où la main-d'œuvre faisait défaut, mais constituaient ailleurs une concurrence dangereuse pour les travailleurs français, et ce d'autant plus qu'ils acceptaient des salaires moindres. Ensuite l'affluence des immigrants a posé le problème politique de leur activité et de leur influence éventuelles, problème qui a pris un caractère plus grave dans les départements où ils ont constitué des fractions importantes de la population (2).

A une époque plus récente le problème s'est compliqué de deux éléments nouveaux. D'une part la politique des Etats totalitaires a provoqué l'émigration d'éléments très dignes d'intérêt moralement, mais plus ou moins désirables politiquement. D'autre part les difficultés politiques et sociales qui ont précédé la guerre de 1939 ont engendré, on l'a vu (n. 87) un mouvement xénophobe imputant assez gratuitement aux étrangers une responsabilité dans ces difficultés. Le résultat a été une aggravation sérieuse des rigueurs de la législation sur l'admission des étrangers. Les

(1) Relevons quelques chiffres caractérisant l'accroissement de la population étrangère depuis 1851 (premier recensement ayant visé la nationalité, v. Beudant, *L'état et la capacité*, 1<sup>re</sup> éd., I, n. 75).

|                  |                  |
|------------------|------------------|
| 1851 : 379.289   | 1921 : 1.550.459 |
| 1881 : 1.001.110 | 1926 : 2.498.230 |
| 1906 : 1 046.905 | 1931 : 2.884.103 |

Le dernier chiffre, de 1936, est en régression (2 453.507) en raison de la crise, mais il importe aussi de comparer, avec M. Lerebours-Pigeonnière (n. 144) les accroissements respectifs de la population française et étrangère :

|   |
|---|
| 1921-1926 : Français, 586.314 ; Etrangers, 947.771. |
| 1926-1931 : Français, 705.150 ; Etrangers, 385.876. |

Encore faut-il noter que l'accroissement des Français, dont il faudrait rapprocher le vieillissement de la population (proportion croissante des vieillards) provient plus des naturalisations que des excédents annuels de naissances qui se sont élevés à 275.237 pour la population entière dans la période 1926-1931. Depuis 1870 l'excédent des naissances est en décroissance, l'immigration lui est devenue équivalente en 1880, l'a dépassé en 1920.

Les travaux du Bureau international du travail ont montré qu'en 1930 (année qui a été la plus favorable à l'immigration), sur 3.874.607 étrangers établis dans 17 pays d'Europe 2.714.000 se trouvaient en France (70 %). La France est donc le premier pays d'immigration d'Europe. D'après l'Annuaire statistique de 1935 les nationalités les plus représentées étaient les suivantes : Italiens (808.000), Polonais (507.811), Espagnols (351.864), Belges (253.694), Suisses (98.475), Russes (71.928), Allemands (71.729).

Sur le fait de l'immigration étrangère en France, v. la bibliographie citée par M. Niboyet, II, p. 62, et notamment Maucou, *Les étrangers en France*, thèse Lettres, Paris, 1932 ; Verdross, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1931.III.327, et *Rép. de dr. int.*, v° *Emigration* par M. Thibert ; Oualid, *La France a-t-elle une politique d'immigration ?* R. 1936.9 ; B. Raynaud, *Dr. international ouvrier* 1933, p. 17 et s. ; J. Ray, *L'émigration in La Nationalité dans la science sociale*, p. 25 ; Demangeon et Maucou, *Documents pour servir à l'étude des étrangers dans l'agriculture française*, 1939.

(2) Les étrangers atteignaient, en 1936, 8 % du nombre des Français dans le département de la Seine, 13 % dans le Pas-de-Calais, 15 % dans la Moselle, 22 % dans les Pyrénées-Orientales, 25 % dans les Bouches-du-Rhône, 28 % dans les Alpes-Maritimes (chiffres cités par M. Maury à son cours 1941-1942, p. 130).



Etats-Unis et l'Angleterre ont d'ailleurs connu à la même époque une évolution dans le même sens, la première de ces puissances en raison de l'importance croissante de l'immigration, la seconde surtout par crainte des indésirables. Le droit international public ne méconnaît pas le droit des Etats à réglementer l'accès des étrangers sur leur territoire, malgré la politique toute différente des Etats d'émigration, v. le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger* par S. Basdevant, n. 98-108.

La première mesure législative pour contrôler l'entrée des étrangers en France fut (en dehors du droit d'expulsion plus répressif que préventif) le décret du 20 octobre 1888, aujourd'hui abrogé. Inspiré de précédents temporaires il prescrivit simplement aux étrangers s'établissant en France d'en faire la déclaration à la mairie. Peu après la loi du 8 août 1893, également abrogée aujourd'hui (v. le décret du 30 oct. 1935), imposa un certificat d'immatriculation délivré par la mairie aux étrangers exerçant en France une profession (1). Ce n'étaient encore là que mesures de simple renseignement.

La guerre de 1914 amena des changements décisifs par l'exigence du *passport visé* et de la *carte d'identité*, dont les textes ultérieurs ont aggravé les rigueurs. Après avoir indiqué leur réglementation générale, il y aura lieu d'étudier l'*expulsion* qui permet au gouvernement de mettre fin en tout temps au séjour de l'étranger en France.

**163. Passeport et carte de séjour.** — L'étranger entrant en France doit être muni d'un *passport* délivré par les autorités de son pays, et visé par le consul de France de sa résidence (Ord. 2 nov. 1945, art. 6, arrêté du 19 juil. 1946), sous réserve des conventions diplomatiques, des régimes frontaliers, des ports maritimes et des aéroports (2). Cette institution, tombée en désuétude avant 1914, a été reprise pendant la première guerre mondiale (D. 3 août 1914) puis, après quelques atténuations, réorganisée plus rigoureusement (3). Le visa du consul qui peut, bien entendu, être discrétionnairement refusé, constitue un premier moyen de contrôle d'après les renseignements recueillis à l'étranger; il peut indiquer

(1) Dans un domaine parallèle l'état d'esprit de l'époque se manifeste par le décret du 10 août 1899 limitant la proportion d'étrangers à employer dans les travaux d'exécution des marchés passés au nom de l'Etat.

(2) Les *réfugiés politiques* peuvent obtenir de l'Etat de leur résidence le « *passport Nansen* » créé sous les auspices de la Société des Nations (Arrangements 5 juil. 1922, 31 mai 1924, 17 mai 1926, Convention 28 oct. 1933, cette dernière rendue exécutoire en France par le D. 3 nov. 1936). V. Trachtenberg, *Nouv. Revue de dr. int. privé*, 1934.301; Tager, *Le statut des réfugiés*, D. H. 1937 Chron. p. 9; Ripert, *Le statut des réfugiés*, *Nouv. Rev. de dr. int. privé* 1938.62. La S. D. N. avait créé un Haut Commissariat aux réfugiés dont les certificats d'identité firent foi en France : Paris 29 avril 1939, R. 1939.443, note Nolde. Le problème est le même pour les apatrides : v. François, *Le problème des apatrides*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1935. III.287; Vichniak, *Le statut international des apatrides*, *ibid.* 1933.I.119; Harari, *Situation de l'apatride et du réfugié dans la législation française actuelle*, thèse Paris 1940. Sur la substitution à l'Office Nansen du Haut Commissariat, v. *Nouv. rev. de dr. int. pr.* 1939.574, R. 1939.176. Sur les résolutions de l'Institut de droit international en faveur des apatrides et réfugiés, v. J. Donnedieu de Vabres, R. 1936.666. Sur l'application de la convention de 1933 aux Espagnols, v. D. 15 mars 1945. Sur la convention du 10 févr. 1938 relative aux réfugiés allemands, v. Mezger, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1946.5..

(3) V. Reale, *Le problème des passeports*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1934.IV.89, notamment p. 141 et s. sur les réfugiés; Ourgant, *La surveillance des étrangers en France*, thèse Toulouse 1937.



le point de la frontière par lequel l'intéressé devra pénétrer en France.

La carte d'identité des étrangers, dénommée plus exactement aujourd'hui *carte de séjour*, a été instituée par le décret du 2 avril 1917 à l'Office central de la main-d'œuvre pour contrôler et congédier selon les besoins les travailleurs étrangers que les nécessités du temps de guerre avaient conduit à appeler. L'institution a été légalisée et stabilisée par la loi de finances (la carte est soumise à un droit de timbre) du 13 juillet 1925, et a fait l'objet, depuis, de maints remaniements dans un sens de rigueur envers l'étranger, qui a trouvé son expression la plus caractérisée dans les décrets des 2 et 14 mai 1938, 12 nov. 1938.

L'ordonnance du 2 novembre 1945 « relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers », actuellement en vigueur, a rassemblé les règles éparses dans les textes précédents et les a refondues dans un sens nouveau, et libéral à l'égard de l'étranger. Le législateur en effet a tenu compte des critiques soulevées par les rigueurs excessives des décrets de 1938, expression d'une méfiance due aux circonstances de l'époque, mais tenant de la xénophobie ; il a aussi et surtout considéré que la France à la fin de la guerre, retrouvait, aggravé, le problème démographique en face de ruines matérielles appelant d'urgence une main-d'œuvre nouvelle pour la reconstruction, mais avec cette complication, par rapport à l'autre guerre, que les anciens pays d'émigration, également appauvris en hommes, doivent aussi faire face à leur propre reconstruction, et qu'en France même les immigrés ont tendance à regagner leurs pays. Il a donc paru indispensable de refondre le régime du séjour des étrangers en France dans un sens propre à faciliter leur venue ou, à tout le moins, éviter leur départ. L'ordonnance a également créé un office de l'immigration chargé à titre exclusif du recrutement des travailleurs étrangers (v. D. 26.3.1946).

Tout étranger de plus de seize ans séjournant en France ou en Algérie (art. 3, ord. 2 nov. 1945) *plus de trois mois* doit dans les huit jours de son arrivée solliciter l'octroi d'une carte de séjour (1). La demande, adressée au préfet, accompagnée d'un certificat médical (2), indique le but du séjour en France de l'impétrant. Si ce dernier n'a pas l'intention d'y exercer une profession, il doit justifier de ses moyens d'existence (art. 15). S'il entend remplir un emploi salarié il doit produire un contrat de tra-

(1) Ord. 2 nov. 1945, art. 6 ; D. 30 juin 1946, art. 3. Le décret d'application du 30 juin 1946 précise l'application du texte aux étrangers *qui ne sont pas entrés en France* : ceux qui y sont nés demanderont la carte dans les huit jours de l'expiration de leur seizième année, les anciens Français dans les huit jours suivant la perte de leur nationalité française. L'ordonnance spécifie, contrairement à la jurisprudence antérieure (Crim. 4 déc. 1940, G. P. 2 févr. 1941 ; v. cep. Soc. 28 nov. 1940, G. P. 1940.2.334) que le *réceptissé de la demande* tient lieu provisoirement de carte. Les *agents diplomatiques* et les *consuls de carrière* échappent à l'ordonnance (art. 4), mais les *apatrides* y sont naturellement soumis (art. 1<sup>er</sup>). Les *réfugiés politiques* ne sont pas visés. La convention de Genève du 28 oct. 1933, promulguée par le décret du 3 déc. 1936, reste cependant en vigueur, semble-t-il, mais sa portée pratique est nulle, comme le manifestait la disposition d'application du décret du 2 mai 1938 (art. 2). Sur V. Crim. 10 mars 1939, G. P. 28 avril 1939, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1939.145. Sur la situation des Monégasques et des Andorrans, v. le commentaire, précieux à tous égards, de l'ordonnance par M. B. P. S. 1946.5.82, note 2. Sur les *nomades* dont l'identité est établie par carnets anthropométriques, v. L. 16 mai 1912. Arsac, thèse Lyon 1933. Le D. 30 juin 1946 est entré en vigueur le 15 févr. 1947.

(2) V. sur la dispense possible par l'intermédiaire du ministre des Affaires étrangères l'art. 15, al. 4. Le médecin doit être agréé par l'administration :



vail visé par le ministre du travail, lequel décidera de l'octroi de la carte, en spécifiant la profession admise (D. 5 juin 1946, art. 4) (1); pour les professions non salariées il est prévu que des décrets pris en la forme de règlements d'administration publique peuvent également soumettre à autorisation leur exercice par les étrangers (art. 7); il faut en déduire qu'à défaut de tels décrets l'étranger qui veut exercer une de ces professions doit, *a fortiori* de l'article 15, au moins justifier des moyens qu'il a de l'entreprendre: le but premier de ces dispositions est évidemment d'empêcher que l'étranger ne tombe trop facilement à la charge de la collectivité française. Mais leur but second est assurément de contrôler l'utilité économique de l'immigration: celle-ci doit pourvoir aux activités où le manque d'hommes se fait sentir, non concurrencer les Français (2).

La loi nouvelle présente cependant à ce dernier point de vue une innovation libérale de grande importance pratique: la carte d'identité est accordée pour *trois ans*, comme dans le régime antérieur, mais sans distinction entre les salariés et les autres (art. 14). Dans le régime antérieur, au contraire, les salariés, c'est-à-dire l'immense majorité, obtenaient la carte de travailleur pour la durée fixée par le ministre du travail, celle du contrat en vertu duquel ils avaient été introduits.

Bien plus, l'ordonnance ayant spécifié que la carte de résident ordinaire est « renouvelable » (art. 14), le décret d'application du 30 juin 1946 a décidé qu'elle « est renouvelée à la demande de son titulaire s'il remplit les conditions prévues aux alinéas précédents en ce qui concerne ses ressources ou l'exercice de son activité professionnelle » (art. 8). Il s'agit donc d'un droit au renouvellement de sa carte pour l'étranger qui justifie de ressources suffisantes ou d'une activité professionnelle régulière (3). Il n'est que juste au fond de garantir la stabilité de son établissement à l'étranger dont la situation, au vue de laquelle il a été admis, n'a pas changé, mais il y a lieu de souligner le progrès considérable que réalise cette réforme sur l'état du droit antérieur qui abandonnait complètement l'étranger à l'arbitraire administratif.

Quant au *lieu*, la carte est en principe valable pour tout le territoire, même s'il s'agit de l'exercice des emplois salariés (D. 5 juin 1946, art. 4;

(1) L'art. 7, ord. 2 nov. 1945 prévoyait l'autorisation ministérielle ou la production d'un contrat de travail, qu'exigeait de manière générale le droit antérieur (D. 14 mai 1938, art. 7). Le système permettait d'admettre un étranger pour une profession ayant des besoins de main-d'œuvre avant même que soit décidée son embauche par une entreprise déterminée. Mais le décret du 5 juin 1946, art. 1<sup>er</sup>, entré en vigueur le 15 févr. 1947, exige un contrat. On prétend cependant que ces contrats ont souvent été fictifs, v. les observations de M. Nolde au Comité français de dr. int. privé, séance du 30 mars 1946.

(2) La loi nouvelle ne reprend pas les distinctions antérieures des cartes d'artisans et de commerçants; cf. Malblanc, *Le statut juridique du commerçant étranger*, thèse Paris 1943. V. pour la caducité du système antérieur sur ce point le commentaire de M. B. P., S. 1946.5.83. Le décret d'application du 30 juin 1946 exige l'autorisation ministérielle pour l'emploi salarié dans une profession « réglementée » ou l'autorisation du « ministre compétent » pour toute « autre activité professionnelle contrôlée ». Il faut sans doute entendre ces termes au sens large englobant la réglementation des salaires et le contrôle des prix. Le décret du 17 juin 1938, non abrogé, autorise toujours l'administration à fixer par décret la proportion d'étrangers à admettre dans chaque profession.

(3) Le décret du 5 juin 1946 dispose aussi que le travailleur sollicitant le renouvellement d'une carte ordinaire à validité limitée (à trois ans), « peut être appelé à faire la preuve qu'il a effectivement exercé depuis la date de délivrance de la carte... la ou les professions mentionnées sur la dite carte ».



cf. cep. Ord. 2 nov. 1945, art. 7; D. 13 août 1947); mais d'une part aux termes du décret du 18 mars 1946 sur la circulation des étrangers en France, le ministre de l'Intérieur peut subordonner à l'autorisation préfectorale l'établissement du domicile des étrangers dans certains départements (v. arrêté 18 mars 1946); d'autre part si un étranger déterminé paraît appeler une surveillance spéciale le ministre peut limiter la validité territoriale de son titre de séjour, mais seulement pour une durée d'un an s'il est résident ordinaire; un sauf-conduit du commissaire de police ou de la gendarmerie lui sera nécessaire pour circuler hors de la zone autorisée.

**164. Résidents temporaires.** — L'innovation la plus remarquée de l'ordonnance de 1945 consiste dans l'institution d'un traitement de faveur au profit de deux catégories d'étrangers, celle des « résidents temporaires » et celle des « résidents privilégiés », par opposition à celle des « résidents ordinaires ».

Les résidents temporaires sont « les étrangers qui ne viennent en France que pour une durée limitée sans volonté d'y fixer leur résidence ordinaire » (art. 10); l'ordonnance donne comme exemples les touristes, les étudiants, les travailleurs temporaires, notamment saisonniers, et précise que l'administration peut aussi délivrer la carte de cette catégorie à ceux « qu'il ne paraît pas opportun d'autoriser à séjourner comme résidents ». La carte est accordée pour *un an* au plus, ou pour la durée de validité, si elle est inférieure, des passeports et visas obtenus par l'intéressé pour entrer en France (art. 11). Elle peut être retirée si l'intéressé ne remplit plus les conditions de son octroi (D. 30 juin 1946, art. 7), par exemple si l'étudiant cesse ses études, si le touriste se livre à une activité professionnelle.

L'ordonnance, développant le précédent timide de la carte de « touriste » (D. 23 févr. 1936; D. 14 mai 1938, art. 5), manifeste l'intérêt national à faciliter les séjours temporaires en France de certaines catégories d'étrangers (1).

Mais le législateur a cru utile d'accentuer la différence entre résidents temporaires et résidents ordinaires, déjà établie par la durée de la carte, en décidant que le mariage des premiers en France devrait être autorisé par le préfet (art. 13, et décret du 21 févr. 1946). Cette disposition est sans doute un écho de l'article 11<sup>er</sup> du décret du 12 novembre 1938 qui subordonnait à un permis de séjour de plus d'un an l'exercice par l'étranger de tout droit impliquant le domicile en France. Cette règle avait été généralement critiquée comme liant à contre-temps des questions civiles et des mesures de police; son abrogation n'aurait pas dû laisser de traces (2).

(1) L'article 12 prévoit les mentions « étudiants » ou « touriste » sur la carte sans que s'y attachent, semble-t-il, de conséquences de droit.

(2) Bien que l'article 13, à la différence du décret de 1938, ne prévoit pas de sanction à l'encontre de l'officier d'état-civil contrevenant à ses dispositions, il faut certainement écarter la nullité du mariage (en ce sens circ. aux préfets du 10 nov. 1945). La règle ainsi réduite à un simple empêchement prohibitif a évidemment moins d'inconvénients. On invoque en faveur de l'article 13 la nécessité d'empêcher un indésirable de consolider sa situation en épousant une Française (S. 1946.5.83); mais n'appartient-il pas à l'administration de l'expulser avant qu'il se marie? Il faut aussi signaler que les résidents temporaires ne bénéficient pas des *presumptions familiales* (L. 22 août 1946).



165. **Résidents privilégiés.** — Les résidents privilégiés sont « les étrangers justifiant en France d'une résidence non interrompue d'au moins trois années et qui étaient âgés de moins de trente-cinq ans au moment de leur entrée en France » (art. 16); il leur est accordé une carte qui est valable dix ans et est renouvelée de plein droit. Sa validité territoriale ne peut être limitée par les mesures individuelles prévues dans le décret du 18 mars 1946.

Il a toujours paru plus ou moins opportun d'offrir un régime de faveur aux étrangers qui se fixent à demeure sur notre sol; le Code civil avait institué l'admission à domicile; après son abrogation en 1927 le décret du 14 mai 1938 (art. 8) avait prévu au profit des étrangers fixés en France depuis plus de dix ans l'autorisation de travailler sur tout le territoire ou même dans une profession quelconque. On peut objecter à ces mesures qu'elles détournent malencontreusement les intéressés de la naturalisation en leur créant un statut relativement avantageux, ou qu'elles sont des complications inutiles, les étrangers sincèrement attachés à la France demandant leur naturalisation. Il semble cependant juste d'améliorer la situation des étrangers dont l'installation permanente en France profite à la collectivité, mais qui ne sollicitent pas la naturalisation peut-être par une fidélité moralement respectable à leur patrie d'origine.

L'ordonnance de 1945 paraît plutôt avoir envisagé la résidence privilégiée comme un préliminaire de la naturalisation, ainsi qu'en témoignent l'exigence d'une enquête administrative et d'un examen médical et les facilités exceptionnelles accordées à certaines catégories pour l'obtention de cette faveur (1). L'expérience dira si l'institution ainsi comprise sera plus utilisée que l'admission à domicile.

Mais comme pour les résidents temporaires, et en sens inverse, l'ordonnance de 1945 a entendu ne pas cantonner à la durée de la carte, les différences entre résidents ordinaires et privilégiés. L'article 17 décide que ces derniers seront dispensés de la caution *judicatum solvi*, faveur réelle si on en juge à la fréquence des litiges sur cette garantie (n. 733). Mais le même texte ajoute qu'« en ce qui concerne l'exercice des droits civils, notamment en matière sociale et professionnelle, ils jouiront d'une condition spéciale qui sera déterminée par le règlement d'administration publique prévu à l'article 7 ci-dessus ». Le législateur a justement pensé que les différenciations croissantes entre Français et étrangers, principalement en matière sociale et professionnelle, appelaient des tempéraments sérieux si on voulait que les « privilèges » annoncés correspondissent à une réalité; il est seulement regrettable que l'urgence ait fait remettre la solution d'une question aussi fondamentale à un simple règlement. L'ordonnance a cependant précisé immédiatement qu'au bout de dix ans les résidents privilégiés seront autorisés sur leur demande à exercer sur tout

(1) Aux termes de l'article 16 : 1° l'âge de 35 ans est prolongé de cinq ans par enfant mineur résidant en France; 2° le délai de trois ans est réduit à un an pour les étrangers mariés à des Françaises qui ont conservé leur nationalité, pères ou mères d'un enfant français, et pour les anciennes Françaises devenues étrangères par leur mariage; 3° un décret déterminera les conditions d'octroi de cette carte, sans condition d'âge, aux étrangers ayant rendu des services importants à la France, notamment en combattant dans les armées françaises ou alliées. D'autres dispenses d'âge et de séjour ont été accordées à titre transitoire par le décret du 30 juin 1946.



165. **Résidents privilégiés.** — Les résidents privilégiés sont « les étrangers justifiant en France d'une résidence non interrompue d'au moins trois années et qui étaient âgés de moins de trente-cinq ans au moment de leur entrée en France » (art. 16); il leur est accordé une carte qui est valable dix ans et est renouvelée de plein droit. Sa validité territoriale ne peut être limitée par les mesures individuelles prévues dans le décret du 18 mars 1946.

Il a toujours paru plus ou moins opportun d'offrir un régime de faveur aux étrangers qui se fixent à demeure sur notre sol; le Code civil avait institué l'admission à domicile; après son abrogation en 1927 le décret du 14 mai 1938 (art. 8) avait prévu au profit des étrangers fixés en France depuis plus de dix ans l'autorisation de travailler sur tout le territoire ou même dans une profession quelconque. On peut objecter à ces mesures qu'elles détournent malencontreusement les intéressés de la naturalisation en leur créant un statut relativement avantageux, ou qu'elles sont des complications inutiles, les étrangers sincèrement attachés à la France demandant leur naturalisation. Il semble cependant juste d'améliorer la situation des étrangers dont l'installation permanente en France profite à la collectivité, mais qui ne sollicitent pas la naturalisation peut-être par une fidélité moralement respectable à leur patrie d'origine.

L'ordonnance de 1945 paraît plutôt avoir envisagé la résidence privilégiée comme un préliminaire de la naturalisation, ainsi qu'en témoignent l'exigence d'une enquête administrative et d'un examen médical et les facilités exceptionnelles accordées à certaines catégories pour l'obtention de cette faveur (1). L'expérience dira si l'institution ainsi comprise sera plus utilisée que l'admission à domicile.

Mais comme pour les résidents temporaires, et en sens inverse, l'ordonnance de 1945 a entendu ne pas cantonner à la durée de la carte, les différences entre résidents ordinaires et privilégiés. L'article 17 décide que ces derniers seront dispensés de la caution *judicatum solvi*, faveur réelle si on en juge à la fréquence des litiges sur cette garantie (n. 733). Mais le même texte ajoute qu'« en ce qui concerne l'exercice des droits civils, notamment en matière sociale et professionnelle, ils jouiront d'une condition spéciale qui sera déterminée par le règlement d'administration publique prévu à l'article 7 ci-dessus ». Le législateur a justement pensé que les différenciations croissantes entre Français et étrangers, principalement en matière sociale et professionnelle, appelaient des tempéraments sérieux si on voulait que les « privilèges » annoncés correspondissent à une réalité; il est seulement regrettable que l'urgence ait fait remettre la solution d'une question aussi fondamentale à un simple règlement. L'ordonnance a cependant précisé immédiatement qu'au bout de dix ans les résidents privilégiés seront autorisés sur leur demande à exercer sur tout

(1) Aux termes de l'article 16 : 1° l'âge de 35 ans est prolongé de cinq ans par enfant mineur résidant en France; 2° le délai de trois ans est réduit à un an pour les étrangers mariés à des Françaises qui ont conservé leur nationalité, pères ou mères d'un enfant français, et pour les anciennes Françaises devenues étrangères par leur mariage; 3° un décret déterminera les conditions d'octroi de cette carte, sans condition d'âge, aux étrangers ayant rendu des services importants à la France, notamment en combattant dans les armées françaises ou alliées. D'autres dispenses d'âge et de séjour ont été accordées à titre transitoire par le décret du 30 juin 1946.



le territoire la profession de leur choix, écho de la disposition analogue de 1938 (1).

Le décret du 5 juin 1946, portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 7, a ajouté (art. 5) que les résidents privilégiés exerçant un emploi salarié recevraient immédiatement une carte dite « ordinaire à validité permanente » permettant l'exercice *sans limitation de durée* de la profession mentionnée (2). Et il les a déclarés d'autre part électeurs aux comités d'entreprise (art. 10) et éligibles comme délégués du personnel (art. 9). On verra effectivement que le refus de ces droits aux étrangers ordinaires est contestable (n. 185). D'autres fa-veurs sont annoncées pour l'avenir (art. 11) (3).

Mais ces avantages sont entachés d'une précarité permanente: le mi-nistre de l'Intérieur peut toujours prononcer la déchéance de la qualité de résident privilégié, après la procédure contradictoire, cependant, prévue pour l'expulsion (n. 167); la déchéance est même obligatoire si l'intéressé quitte la France plus de six mois sans l'autorisation du ministre de l'Inté-rieur (art. 18). Cette déchéance, défendable sans doute logiquement a *fortiori* puisque l'étranger peut toujours être expulsé, ne sera peut-être pas de nature à accroître la diffusion de l'institution. Bien que la rési-dence privilégiée repose assurément sur la permanence du séjour, le carac-tère obligatoire de la déchéance pour absence de six mois paraît exprimer une crainte excessive du législateur d'avoir été trop généreux: une absence occasionnelle peut se prolonger sans que les intéressés son-gent au règlement prescrivant l'autorisation ministérielle.

**166. Sanctions. Refoulement des étrangers. Contrôle écono-mique de la main-d'œuvre.** — La loi prévoit des peines correction-nelles dans trois cas (art. 19).

1° « L'étranger qui, sans excuse valable, aura *omis de solliciter dans les délais réglementaires la délivrance d'une carte de séjour*, est, sans pré-judice des amendes fiscales, passible d'un emprisonnement de quinze jours à un an et d'une amende de 600 à 1.200 frs » (art. 19, al. 2). Ce texte admet libéralement une excuse possible (4), et rappelle que la carte de séjour est timbrée; mais il faut surtout souligner, dès cette première règle, que la loi nouvelle n'exclut plus, comme le décret du 2 mai 1938 (art. 13), l'application du sursis et des circonstances atténuantes; c'est un des points sur lesquels elle a le mieux marqué sa réaction contre les rigueurs excessives du droit antérieur, qui oubliait l'infinie variété des situations de fait, manifestait une défiance du juge inconciliable avec un

(1) « Dans le cadre de la législation en vigueur » précise l'article 17, c'est-à-dire évidemment sous réserve des exclusions à l'encontre des étrangers que n'aurait pas levées le règlement annoncé. Le délai de dix ans est réduit d'un an par enfant mineur vivant en France.

(2) Le décret prescrit aussi son octroi aux résidents ordinaires établis en France depuis plus de dix ans.

(3) Cette réserve laisse en suspens la question de savoir si les bénéficiaires seront uniquement les salariés (v. Niboyet, D. 1946, *chron.* p. 13). Il paraîtrait juste de ne pas s'attacher trop étroitement au renvoi de l'art. 17 de l'ordonnance à l'art. 7.

(4) V. pour le sens de « l'excuse valable » déjà admise en 1938 Gabo'de, *Lois Nou-velles* 1939.141; Trib. St-Brieuc 16 mars 1939, S. 1939.2.120; Poitiers 1<sup>er</sup> déc. 1939, D. H. 1940.45; cf. Seine 31 oct. 1938, R. 1939.94; Aix 3 janv. 1939, S. 1941.2.77; Trib. Lille 6 mai 1944, G. P. 1944.2.87; mais v. Albertville 4 oct. 1938, D. P. 1939.2.71, note Lebrun.



fonctionnement normal de la justice, et méconnaissait dans sa sévérité le respect dû à la personne, même délinquante, et étrangère.

2° Les mêmes peines sont encourues par « celui auquel la carte de séjour a été refusée et qui séjourne sur le territoire sans cette carte ou est porteur d'une carte ou d'un récépissé de demande non valable » (art. 19, al. 3), mais aucune excuse n'est prévue dans ce cas (1).

Ces pénalités permettent à l'administration d'obliger à quitter la France tout étranger qui paraît indésirable. Leur effet indirect est si énergique que le refus de la carte de séjour a pris le nom caractéristique de *refoulement*, et est devenu un véritable succédané de l'expulsion. On pouvait même se demander dans le dernier état du droit si l'expulsion conservait encore quelque utilité; le législateur lui en avait conservé une, relative, en frappant de peines plus élevées l'infraction à arrêté d'expulsion que le séjour en France sans carte (*Adde* Crim. 20 nov. 1936, R. 1938, 240 sur les conditions de la révision).

La loi nouvelle rétablit une différence de fond entre le refoulement et l'expulsion par une innovation implicite mais remarquable: *elle ne prévoit pas, à la différence de la loi antérieure* (D. 2 mai 1938, art. 2) *que la carte de séjour puisse être discrétionnairement retirée*, et les pénalités ne visent effectivement que le séjour après refus de la carte, non après son retrait. Le décret d'application du 30 juin 1946 confirme cette interprétation en disposant d'une part que « la carte de résident ordinaire ne peut être retirée à son titulaire que lorsqu'il fait l'objet d'une mesure d'expulsion » (art. 8), d'autre part que la carte de résident temporaire peut être retirée *quand ses conditions d'octroi ne sont plus remplies* (art. 7), enfin que le résident privilégié déchu de sa qualité est muni d'une carte de résident temporaire ou ordinaire (art. 9). Cette réforme, qui est sans doute la plus libérale de la loi nouvelle, modifie sur un point fondamental l'économie traditionnelle du système et rend sa signification à l'expulsion: pendant la durée de validité de sa carte de séjour l'étranger ne peut être refoulé; s'il paraît franchement indésirable il faudra procéder contre lui par la voie de l'expulsion avec le débat contradictoire qu'elle comporte. Cette réforme est certainement digne d'approbation puisque, tout en rétablissant la cohérence du système, elle donne à l'étranger la sécurité relative qui paraissait résulter de l'octroi d'une carte à durée de validité déterminée. V. cep. D. 13 août 1947; cf. Crim. 27.12.1945, S. *bim.* 22.2.46.

3° Est passible d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de même taux que précédemment l'entrée en France sans passeport et visa ou sans l'autorisation ministérielle pour celui qui vient en France y remplir un emploi salarié (art. 19, al. 1<sup>er</sup>) (2).

Cette disposition assure un des objectifs traditionnels du système: le contrôle économique de la main-d'œuvre étrangère. Il faut pouvoir empêcher que les étrangers admis pour une profession ne passent dans une

(1) La loi permet par contre au juge de ne prononcer que l'amende ou l'emprisonnement; mais le même résultat est possible dans le cas précédent par le jeu des circonstances atténuantes.

(2) Le même texte réprime aussi la violation de l'article 6. Mais celle-ci ne tombe-t-elle pas sous le coup de l'alinéa 2 dont elle est le seul objet, et qui d'ailleurs admet un minimum plus bas pour l'emprisonnement.



fonctionnement normal de la justice, et méconnaissait dans sa sévérité le respect dû à la personne, même délinquante, et étrangère.

2° Les mêmes peines sont encourues par « celui auquel la carte de séjour a été refusée et qui séjourne sur le territoire sans cette carte ou est porteur d'une carte ou d'un récépissé de demande non valable » (art. 19, al. 3), mais aucune excuse n'est prévue dans ce cas (1).

Ces pénalités permettent à l'administration d'obliger à quitter la France tout étranger qui paraît indésirable. Leur effet indirect est si énergique que le refus de la carte de séjour a pris le nom caractéristique de *refoulement*, et est devenu un véritable succédané de l'expulsion. On pouvait même se demander dans le dernier état du droit si l'expulsion conservait encore quelque utilité; le législateur lui en avait conservé une, relative, en frappant de peines plus élevées l'infraction à arrêté d'expulsion que le séjour en France sans carte (*Adde* Crim. 20 nov. 1936, R. 1938, 240 sur les conditions de la révision).

La loi nouvelle rétablit une différence de fond entre le refoulement et l'expulsion par une innovation implicite mais remarquable: *elle ne prévoit pas, à la différence de la loi antérieure* (D. 2 mai 1938, art. 2) *que la carte de séjour puisse être discrétionnairement retirée*, et les pénalités ne visent effectivement que le séjour après refus de la carte, non après son retrait. Le décret d'application du 30 juin 1946 confirme cette interprétation en disposant d'une part que « la carte de résident ordinaire ne peut être retirée à son titulaire que lorsqu'il fait l'objet d'une mesure d'expulsion » (art. 8), d'autre part que la carte de résident temporaire peut être retirée *quand ses conditions d'octroi ne sont plus remplies* (art. 7), enfin que le résident privilégié déchu de sa qualité est muni d'une carte de résident temporaire ou ordinaire (art. 9). Cette réforme, qui est sans doute la plus libérale de la loi nouvelle, modifie sur un point fondamental l'économie traditionnelle du système et rend sa signification à l'expulsion: pendant la durée de validité de sa carte de séjour l'étranger ne peut être refoulé; s'il paraît franchement indésirable il faudra procéder contre lui par la voie de l'expulsion avec le débat contradictoire qu'elle comporte. Cette réforme est certainement digne d'approbation puisque, tout en rétablissant la cohérence du système, elle donne à l'étranger la sécurité relative qui paraissait résulter de l'octroi d'une carte à durée de validité déterminée. V. cep. D. 13 août 1947; cf. Crim. 27.12.1945, S. bîm. 22.2.46.

3° Est passible d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de même taux que précédemment l'entrée en France sans passeport et visa ou sans l'autorisation ministérielle pour celui qui vient en France y remplir un emploi salarié (art. 19, al. 1<sup>er</sup>) (2).

Cette disposition assure un des objectifs traditionnels du système: le contrôle économique de la main-d'œuvre étrangère. Il faut pouvoir empêcher que les étrangers admis pour une profession ne passent dans une

(1) La loi permet par contre au juge de ne prononcer que l'amende ou l'emprisonnement; mais le même résultat est possible dans le cas précédent par le jeu des circonstances atténuantes.

(2) Le même texte réprime aussi la violation de l'article 6. Mais celle-ci ne tombe-t-elle pas sous le coup de l'alinéa 2 dont elle est le seul objet, et qui d'ailleurs admet un minimum plus bas pour l'emprisonnement.



autre (1). L'employeur est lui-même punissable (art. 64, C. Travail, L. II) et la Cour de cassation décide d'une part que son délit est non intentionnel (2), d'autre part que l'irrégularité de la carte entraîne la nullité du contrat de travail (3).

Ce système général est complété par la sanction des agissements qui peuvent préparer la violation de la loi : la fausse déclaration d'état civil par l'étranger pour dissimuler sa véritable identité le rend passible d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 600 à 12.000 francs (4). D'autre part l'article 22, reprenant la disposition analogue du décret du 2 mai 1938 (art. 6) oblige, sous la sanction d'une amende de simple police, quiconque loge un étranger à le déclarer au commissariat de police (5).

167. **Expulsion des étrangers.** — Bien avant les problèmes posés par l'immigration contemporaine, il a été admis que la loi devait, à défaut

(1) L'art. 19, al. 1<sup>er</sup> ne visant que la violation de l'article 5, serait inapplicable à celui qui exercerait une profession non salariée sans l'autorisation prévue par l'article 7. Il resterait à l'administration le remède de l'expulsion. La loi du 11 août 1936 (art. 64 C. Travail L. II) punit l'employeur qui débauche un étranger avant l'expiration du contrat en vertu duquel il a été introduit en France ou l'emploie dans une autre profession moins d'un an après son entrée en France. Le délit est intentionnel (Crim. 19 mai 1931 et 29 avril 1932, R. 1934.150, note Hugueney) et l'action civile est ouverte à l'employeur victime, et à l'office central de la main-d'œuvre intéressé (Crim. 23 juin 1933, R. 1934.751, note Hugueney). Le délit est frappé par la loi française dès que le travail est exécuté en France, même pour un employeur étranger fixé à l'étranger, Douai 25 janv. 1934, J. 1934.1193. Par mesure de contrôle tout employeur doit tenir registre des étrangers qu'il embauche, v. Arrêté 30 janv. 1927. La loi du 10 août 1932 (étendue par la L. 21 mars 1941), sur la protection de la main-d'œuvre nationale a autorisé le gouvernement à fixer par décrets sanctionnés pénalement la *proportion d'étrangers* à admettre par catégories d'entreprises. Les sanctions instituées en 1938 sont plus directes. L'ouverture d'un bureau de placement de travailleurs étrangers a été soumise à l'autorisation administrative dès la loi du 19 juil. 1928 (art. 4) : v. Cons. d'Etat 3 nov. 1934, G. P. 1935.1.180.

(2) Crim. 27 mai 1942, G. P. 12 août 1942, *Nouv. Rev. de dr. int. pr.* 1944.113, note Tricaud ; l'emploi d'un contremaître porteur d'une carte d'artisan n'est pas excusé par la bonne foi.

(3) Civ. 18 sept. 1940, G. P. 1940.267 ; Civ. 12 mai 1941, G. P. 18 juil. 1941 ; Civ. 2 nov. 1943, S. 1944.1.25 : l'étranger embauché irrégulièrement ne bénéficie pas de la législation sur les accidents du travail (avant la L. 1<sup>er</sup> juil. 1938, laquelle applique la loi de 1928 même aux contrats nuls. Cf. Soc. 26 janv. 1945, S. 1945.1.63 ; Civ. 19 mars 1946, D. 1946.238). V. aussi pour le refus de l'indemnité de congédiement Civ. 12 févr. 1946, G. P. 3 avril 1946. La solution est rigoureuse. V. en un sens plus bienveillant : Cons. d'Etat 22 déc. 1938, D. H. 1939, *Somm.* 13 (les assurances sociales s'appliquent en Alsace et en Lorraine aux salariés embauchés contre les règles sur la main-d'œuvre nationale) ; cf. Soc. 22 déc. 1938, G. P. 1939.1.224. Mais la chambre sociale a admis que la faute constituée par l'embauchage sans carte n'est pas la cause de l'accident au sens de l'art. 1382 C. Civ. (Soc. 7 mai 1943, S. 1943.1.106). Toute modification du contrat de travail est au surplus nulle : Seine 27 fév. 1933, G. P. 1933.1.882. Pour la nullité en droit allemand du contrat de travail contraire aux règlements sur la main-d'œuvre étrangère, v. Nussbaum, p. 274 ; cf. Soc. 19 mai 1947, G. P. 31 août 1947.

(4) Art. 20. V. déjà l'art. 12 du D. 2 mai 1938, qui obligeait par une rigueur abusive à prononcer dans ce cas le maximum des peines prévues par le décret, savoir trois ans d'emprisonnement. L'incrimination est établie même si la fausse déclaration n'a pas eu pour but l'obtention d'une carte de séjour : Crim. 21 oct. 1943, G. P. 18 nov. 1943. C'est assurément la lettre du texte, mais la solution n'en est pas moins sévère eu égard à son esprit.

(5) Les hôteliers le déclarent dans les 24 heures, les particuliers dans les 48 heures (art. 6, D. 20 juin 1946). L'article 21 de l'ordonnance punit celui qui a facilité le séjour irrégulier de l'étranger. Le droit commun de la complicité ne suffisait-il pas ? Il faut ajouter que la carte de séjour a été regardée comme entrant dans la catégorie des passeports pour la répression de sa falsification : Crim. 22 déc. 1933, J. 1935.231, R. 1934.717. Sur les droits de timbre auxquels la carte donne ouverture, et qui dépendent suivant les professions, v. L. 16 oct. 1946, 4 août 1947, art. 38.



de contrôle de l'admission des étrangers en France, permettre du moins au gouvernement d'expulser du territoire un étranger indésirable: il ne fait pas partie de la collectivité constitutive en droit de l'Etat français; s'il la trouble, l'Etat se doit de l'exclure. Le droit international public ne le méconnaît pas, tant qu'il s'agit au moins de mesures individuelles (1).

La Révolution, suivant la pratique de la Monarchie, avait prévu l'expulsion par la loi du 28 Vendémiaire An VI (v. sur les textes antérieurs, Blondel, *loc. cit.*, n. 42). Elle fut reprise et organisée par la loi du 3 décembre 1849, puis par le décret du 2 mai 1938 (art. 8 à 11), aujourd'hui remplacé par l'ordonnance du 2 novembre 1945 (art. 23 à 28).

L'expulsion ne s'applique qu'aux *étrangers*, non aux Français: un Etat n'expulse pas ses nationaux car il se doit à leur bien et les autres Etats seraient fondés à refuser de les recevoir (2). C'est là, on le sait, la différence essentielle entre l'étranger et le national quant à la jouissance des droits: la condition du premier est essentiellement précaire. L'apatride est naturellement traité comme étranger (art. 1<sup>er</sup>, ord. 2 nov. 1945; v. déjà Cons. d'Etat 16 mai 1924, J. 1925.709, cf. Philonenko, *Expulsion des heimatlos*, J. 1937.699, et 1928.723): il ne fait plus partie de la communauté française, bien qu'aucun Etat n'ait l'obligation de l'accueillir. On verra plus loin comment la loi française a cherché à concilier sur ce point les nécessités de l'ordre interne et la carence de l'ordre international (3).

L'expulsion est prononcée par arrêté du *ministre de l'Intérieur*, ou, dans les départements frontières, par le préfet, à charge d'en référer immédiatement au ministre, lequel pourra exercer son contrôle hiérarchique (4). Dans des cas particuliers l'expulsion résulte d'un jugement (5).

L'arrêté d'expulsion n'est pas motivé, et repose donc sur l'appréciation discrétionnaire de l'administration. On conçoit que des pouvoirs aussi graves, tout en étant nécessaires, puissent prêter à l'abus. L'expulsion signifie souvent la misère pour le travailleur qui ne retrouvera pas d'emploi à l'étranger, la ruine pour le commerçant obligé de liquider inopinément son entreprise. Aussi le décret du 2 mai 1938 a-t-il décidé, malgré

(1) V. le *Rép. de dr. int.*, Vis *Etranger*, par S. Basdevant, n. 168, et *Expulsion* par A. Blondel, n. 168. Sur le droit comparé, concordant dans le principe, v. Blondel, *loc. cit.* n. 254; de Boeck, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1927.III.447. Le droit d'expulsion est reconnu par l'Union panaméricaine (art. 6 du traité du 20 févr. 1928 sur la condition des étrangers, *Rec. textes de Niboyet et Goulé*, II, p. 496).

(2) Le Français peut néanmoins être banni, mais c'est là une peine politique prononcée judiciairement, et qui ne va pas d'ailleurs sans soulever des objections au point de vue du droit international public (v. H. Donnedieu de Vabres, *Tr. élém. de dr. crim.*, n. 613). Le Français ne peut non plus, en principe, être extradé.

(3) La condition d'extranéité suffit: une étrangère mariée à un Français ne peut invoquer l'art. 214 ancien C. Civ. lui imposant d'habiter avec son mari pour se soustraire à l'expulsion: Cons. d'Etat 8 mars 1939, *Nouv. Revue de dr. int. privé*, 1939.456; on expulse le mineur né en France et susceptible de devenir Français à sa majorité, même rétroactivement: Crim. 30 mars 1898, S. 99.1.111.

(4) On admet traditionnellement que les départements côtiers sont à considérer comme frontières. L'ancien texte n'octroyait le pouvoir d'expulsion aux préfets qu'à l'égard des étrangers « non résidents » (cas d'un agitateur venu pour une réunion publique). Cette restriction a disparu dans le décret du 2 mai 1938. V. aussi l'art. 23, Ord. 2 nov. 1945.

(5) V. les lois du 1<sup>er</sup> janv. 1936 sur la dissolution des « groupes de combat » et de port d'armes prohibé; du 18 août 1936 sur l'atteinte au crédit de l'Etat. Cf. déjà la loi du 8 août 1893, dont l'article 3 paraît bien avoir été remplacé par l'art. 12 du décret du 2 mai 1938 sur les fraudes dans l'obtention des cartes d'identité (aujourd'hui art. 20, Ord. 2 nov. 1945).



la tendance xénophobe qui l'inspirait, que l'expulsion envisagée serait notifiée à l'intéressé, lequel dans la huitaine pourrait demander à être entendu par un délégué du préfet. L'ordonnance de 1945 a maintenu ces dispositions dignes d'approbation et a même substitué au délégué une commission composée du président du tribunal, du chef du service des étrangers à la préfecture et d'un conseiller de préfecture. Mais cette formalité peut être omise si l'urgence le requiert (1). De toute manière l'arrêté, pour être exécutoire, doit être notifié personnellement à l'expulsé (D. 18 mars 1946, art. 6).

Aucun recours contentieux n'est possible contre l'arrêté d'expulsion quant à son *opportunité* : l'administration exerce là un pouvoir discrétionnaire dont elle n'a pas à rendre compte à la juridiction administrative (v. Cons. d'Etat 4 août 1836, S. 36.2.445; 8 déc. 1853, S. 54.2.409; 26 déc. 1924, J. 1925.1035 et les autres arrêts cités par M. Blondel, *Rép. de dr. int.*, v° Expulsion, n. 164 et s.), encore moins bien entendu aux tribunaux judiciaires (Crim. 15 nov. 1934, D. P. 1935.1.11, note Donnedieu de Vabres, S. 1936.1.195, R. 1935.122; Crim. 19 oct. 1938, J. 1939.76).

Mais l'arrêté d'expulsion peut être contesté pour *illégalité*, par exemple s'il est irrégulier en la forme (Cons. d'Etat 14 mars 1884, S. 86.3.2) ou s'il est intervenu en dehors des cas prévus par la loi, c'est-à-dire à l'encontre d'un individu qui se prétend Français, et les tribunaux civils sont alors compétents pour déterminer la nationalité de l'intéressé (art. 124 C. Nat.; v. déjà Paris 10 août 1904, D. P. 1908.2.121, note de Boeck, R. 1906.168, J. 1905.180), et même les tribunaux répressifs si l'exception est soulevée sur une poursuite pour infraction à arrêté d'expulsion (Crim. 7 janv. 1882, S. 83.1.143; 20 juin 1882, S. 83.1.144; 10 août 1931, R. 1932.682). On pourrait aussi concevoir un arrêté contraire à un traité international (v. Cons. d'Etat 21 oct. 1936, R. 1937.452, G. P. 1936.2.868; 8 mars 1940, D. H. 1940.135) et peut être même un recours pour détournement de pouvoirs (Niboyet, II, n. 657) ; ce à quoi le Conseil d'Etat a paru favorable en réservant, conformément aux directives générales de sa jurisprudence, la preuve de « l'inexactitude matérielle des faits ayant motivé l'expulsion » (8 mars 1940 précité; v. déjà 8 févr. 1939, R. 1939.442).

L'arrêté devient caduc si l'intéressé acquiert la nationalité française, et il peut toujours être rapporté (2).

(1) L'audition préalable n'est refusée, bien naturellement, qu'à l'étranger séjournant irrégulièrement en France; le décret de 1938 était plus exigeant. Il était aussi moins bien inspiré en refusant l'audition si « l'ordre public » était intéressé. Arrive-t-il donc qu'il ne le soit pas? Le ministre l'appréciait souverainement (Cons. d'Etat 3 avril 1940, S. 1941.3.6), il en sera de même pour l'urgence, selon l'expression adéquate du texte nouveau. Au surplus le préfet peut en cas d'urgence demander qu'il soit pris à l'encontre de l'intéressé un arrêté d'assignation à résidence (art. 28; v. *infra*, n. 168). Sur la notification des propositions d'expulsion et la procédure v. le D. du 18 mars 1946. La commission doit donner son avis dans les deux mois du délai imparti à l'intéressé pour réclamer l'audition.

(2) Art. 23, ord. 2 nov. 1945. Il a été jugé que la condamnation pour infraction à arrêté d'expulsion ne comportait pas de réhabilitation parce que le condamné ne peut satisfaire à la condition de résidence requise (Crim. 20 juin 1919, G. P. 1919.2.230. En tous cas l'expulsion n'est rapportée que par un nouvel arrêté, l'admission dans la légion étrangère n'y équivaut pas, Besançon 9 mars 1892, D. P. 92.2.424. V. cep. pour l'effet d'un sursis administratif à l'exécution de l'arrêté, Crim. 8 janvier 1937, R. 1938.242.



168. **Sanction de l'arrêté d'expulsion.** — L'expulsé doit quitter de lui-même le territoire français; s'il y reste ou s'il y pénètre à nouveau après l'avoir quitté il est passible d'un emprisonnement de six mois à trois ans (art. 27), peines notablement supérieures à celles dont la menace accompagne le refoulement et on sait que leur gravité a été longtemps la seule différence entre l'expulsion et le refoulement (n. 166) (1).

Le délit d'infraction à arrêté d'expulsion est *continu*: l'expulsé peut être poursuivi à nouveau, si, après une première condamnation, il persiste à demeurer en France (Crim. 20 oct. 1932, S. 1935.1.33, note Hugueney, R. 1932.683). Il est d'autre part *inintentionnel*, donc consommé par le simple fait de la présence en France sans intention coupable, par exemple parce que le prévenu était rentré en France avec l'agrément du consul de France et à la demande de l'administration de la marine (Crim. 3 mars 1943, G. P. 1943, *Suppl.* 1103, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1943.584), ou même pour répondre à une convocation du juge d'instruction (Crim. 15 nov. 1934, D. P. 1935.1.11, note Donnedieu de Vabres, S. 1936.1.195, R. 1935.122) (2). Seule la force majeure supprime la culpabilité; la loi l'exprime en excusant le prévenu « dans l'impossibilité de quitter le territoire », c'est-à-dire s'il établit « qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays ». Cette disposition d'une sévérité difficilement justifiable consacre bien malheureusement la solution adoptée par la Cour de cassation (Crim. 8 févr. 1936, D. P. 1936.1.44, note Donnedieu de Vabres, R. 1936.453; v. aussi Crim. 1<sup>er</sup> mai 1936, G. P. 1936.2.186; cf. Crim. 17 déc. 1937, R. 1938.243).

Pareille rigueur, que les juridictions inférieures n'avaient pas toutes acceptée (3), a fait un sort impossible aux apatrides qu'aucun pays n'est tenu de recevoir, et aux exilés politiques auxquels leur pays refuse d'ouvrir ses frontières (4). Aussi aux termes de l'art. 28, ord. 2 nov. 1945, reprenant une disposition du décret du 17 juin 1938, le prévenu dans l'impossibilité de quitter le territoire français peut être astreint par le ministre de l'Intérieur « à résider dans les lieux qui lui seront fixés et dans les-

(1) La loi du 16 juil. 1912 prévoyait un emprisonnement de un à six mois, devenu de six mois à deux ans dans le décret du 30 oct. 1935. Sur l'application de la loi à l'expulsé qui n'a pas quitté le territoire v. Crim. 20 juil. 1916, *Bull. crim.* 1916.280; Paris 26 juil. 1934, D. P. 1934.2.113, note Donnedieu de Vabres. Le décret du 12 nov. 1938 avait prévu la relégation après trois condamnations en moins de dix ans dont une supérieure à un an. Le sursis et les circonstances atténuantes étaient exclus par une rigueur dont l'abus a été signalé (n. 166).

(2) Cf. aussi Crim. 25 juin 1937, G. P. 1937.2.480. Cette solution excessivement rigoureuse n'a pas toujours été celle de la Cour de cassation. V. pour un prévenu rentré pour répondre à la convocation au recrutement Crim. 3 mai 1900, S. 1902.1.296. N'y a-t-il pas là l'ordre de l'autorité? V. dans le même sens Bordeaux 20 mars 1940, G. P. 1940.1.445, ss. note a. Mais voyez dans le sens rigoureux: Trib. Bordeaux 25 avril 1940, G. P. 1940.1.446, ss. note b.

(3) V. Paris 9 déc. 1914, *Gaz. Trib.* 8 janv. 1915; Trib. Nice 4 juil. 1935, D. P. 1936.2.47, note Donnedieu de Vabres, R. 1936.455; Seine 14 nov. 1936, S. 1937.2.43, R. 1937.104; Trib. Strasbourg 23 nov. 1936, D. H. 1937.80; Toulouse 9 juin 1937, S. 1938.1.112. Mais v. cep. Paris 30 janv. 1937, D. H. 1937.228.

(4) On a cité le cas d'un Italien refoulé par les autorités fascistes qui a été condamné 29 fois, et en 20 ans a passé 9 ans et 8 mois en prison. Il avait été expulsé primitivement à la suite d'une condamnation à 24 heures de prison pour attentat à la pudeur. (Fatou, *Nouv. Revue de dr. int. privé* 1936.276). L'expulsion de France est cependant considérée comme un obstacle de force majeure à y rentrer, au moins si le gouvernement en a refusé l'autorisation: Req. 27 avril 1937, S. 1937.1.230.







170. **Droits politiques.** — Les étrangers n'ont pas en France la jouissance des droits politiques parce que la nationalité est par définition l'appartenance à la population constitutive en droit de l'Etat français : les institutions qui constituent juridiquement cet Etat sont donc légitimement confiées pour leur fonctionnement à la population par laquelle et pour laquelle elles sont créées. Comme le disait déjà Domat les étrangers « ne sont pas du corps de la société qui compose l'Etat d'une nation » (*Loix civiles*, I, p. 312). Plus concrètement l'admission des étrangers dans notre vie politique introduirait un élément hétérogène à notre mentalité sans profit réel puisque notre politique et nos institutions doivent être gouvernées selon notre mentalité, ce qui est déjà suffisamment complexe ; bien plus cette intrusion ne serait pas sans danger, l'étranger étant normalement mû par les intérêts de son propre pays. D'une manière générale il est censé ne pas avoir un intérêt suffisant à la chose publique en France. S'il s'installe définitivement en France, qu'il sollicite sa naturalisation. Le principe, au surplus, est pratiquement universel en droit comparé (1).

L'étranger est donc exclu de l'électorat et de l'éligibilité aux assemblées législatives, institutions politiques par excellence. Mais il en va de même des élections aux assemblées administratives telles que les conseils généraux ou municipaux et d'une manière plus générale de toute élection pourvoyant à la constitution d'une institution du droit public : tribunaux de commerce (L. 14 janv. 1933), conseils de prud'hommes (C. Travail, L. IV, art. 22), chambres de commerce, d'agriculture (L. 25 oct. 1919), de métiers (L. 26 juil. 1925). Le caractère institutionnel de ces organes justifie l'exclusion malgré qu'ils soient dépourvus de caractère politique, au sens usuel du terme.

Cette exclusion n'est jamais écartée par les traités ; même ceux qui décident l'assimilation de l'étranger au national sont entendus comme ne visant que le droit privé (*infra* n. 187). L'admission à domicile n'a jamais accordé que les droits civils non les droits politiques, v. Niboyet, II, n. 607 et 621.

171. **Fonctions publiques.** — L'étranger ne peut exercer de fonctions publiques parce qu'il s'agit là d'une partie intégrante, pour ne pas dire essentielle, de la « chose publique », de l'institution en laquelle s'incarne juridiquement l'Etat, et qui est créée, par définition, par et pour les Français. Psychologiquement il serait d'ailleurs contre-indiqué qu'un étranger exerce l'autorité de l'Etat français à l'égard des Français, et ce ne serait même pas non plus sans danger. Domat observait déjà au XVII<sup>e</sup> siècle qu'« on exclut les étrangers des charges publiques parce... que ces charges demandent une fidélité et une affection au prince et aux

(1) V. le *Rép. de dr. int.*, V<sup>e</sup>. *Etranger*, par S. Basdevant, n. 216. L'auteur signale seulement en sens contraire une tendance doctrinale plus libérale en Argentine, en raison de l'importance et de la stabilité de l'immigration, et, antérieurement à 1936, l'art. 20 de la constitution de l'U. R. S. S. (v. aussi L. 22 août 1931, R. 1931.161) accordant les droits politiques aux ouvriers et paysans étrangers résidant en Russie pour y travailler. V. aussi Grouber et Tager, *La condition des étrangers dans l'U. R. S. S.*, J. 1925.307, 311 ; Lachaze, *Du statut juridique de l'étranger*, th. Paris 1928.



lois de l'Etat qu'on ne présume pas dans un étranger » (*Loix civiles*, I, p. 312). Le principe, traditionnellement admis, n'est pas contesté en droit comparé (1), la L. 19 oct. 1946, art. 23, exige même que les fonctionnaires soient Français depuis cinq ans.

Son application n'est cependant pas toujours simple en raison de la complexité des notions de fonctionnaire et de fonction publique. Il suffit de constater ici qu'il y a lieu de se reporter aux définitions de ces notions données par le droit public interne, mais en spécifiant que la tradition les entend dans toute leur ampleur, y compris les fonctions temporaires comme celle de juré criminel (art. 381 C. Instr. Crim.) (2), la concession de services publics (D. 12 nov. 1938) (3) et les activités accessoires à la fonction publique que sont celles *des auxiliaires de la justice*. Nul doute sur ce dernier point que les officiers ministériels, nommés par le gouvernement, n'exercent une fonction publique; il n'en va pas de même des avocats, mais la tradition est cependant bien assise depuis l'ancien droit (v. le *Rép. dr. int.*, v° Avocat, par Binoche, n. 14; D. 20 juin 1920) en raison de ce que leur collaboration au service public de la justice exige tout particulièrement la mentalité française, et la connaissance de notre langue et de nos institutions (4). La raison de cette règle veut qu'elle ne soit pas écartée par les traités d'assimilation des étrangers aux nationaux auxquels ne concernent pas l'exercice des fonctions publiques (5).

(1) V. le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 221. Sur le cas particulier du traité franco-monégasque du 28 juil. 1930, v. Niboyet, II, p. 47. Le principe est si général que le fonctionnaire retraité qui perd la nationalité française est privé de sa pension. V. Fuzier Hermann, Suppl., v° *Pension*, par J. Delpech n. 63 et s. et les autres références citées par M. Niboyet, II, n. 617.

(2) V. cependant dans des circonstances très particulières Crim. 5 juil. 1883, G. P. 83.2.86. L'étranger est naturellement exclu des fonctions judiciaires proprement dites dévolues aux membres des tribunaux de commerce, des conseils de prud'hommes, des commissions paritaires agricoles (v. pour ces dernières l'Ord. 4 déc. 1944) aux assesseurs des tribunaux pour enfants (ord. 2 févr. 1945). V. aussi pour les agents des caisses de sécurité sociale agréées par le ministre pour le contrôle de la législation de sécurité sociale, le décret du 8 juin 1946, art. 162.

(3) Cf. la loi du 27 août 1940 sur la concession aux seuls Français de la culture des terres en friche. Si la loi du 16 oct. 1919 (art. 26) permet au gouvernement d'accorder, le cas échéant, aux étrangers les concessions ou autorisations d'aménagement des forces hydrauliques, c'est qu'il n'a pas paru y avoir là un service public caractérisé (Lerebours-Pigeonnière, p. 189).

(4) Ils peuvent même être amenés à suppléer les juges, mais on pourrait le refuser aux étrangers. L'exclusion s'étend même aux *témoins des actes notariés* (art. 980 C. Civ.) mais la jurisprudence a entendu avec bienveillance en cas d'erreur commune (Req. 6 mai 1874, S. 74.1.471; Req. 1<sup>er</sup> juil. 1874, S. 75.1.254; Paris 24 avril 1882, G. P. 82.2.157; Aix 11 juin 1886, G. P. 87.1. Suppl. 20) cette rigueur qui n'a pas été admise pour les actes de l'état civil. Un étranger peut être *expert* (Req. 26 déc. 1934, S. 1935.1.161, note E. P., R. 1935.801) parce qu'il ne collabore par là que matériellement au service de la justice mais il ne peut être *expert-comptable* ni même *comptable agréé* (Ord. 19 sept. 1945) ou *géomètre-expert* (L. 7 mai 1946). Il peut bien entendu être *interprète* (Crim. 2 mars 1827 S. 27.1.433). Le rôle d'*arbitre* lui a été refusé par un ancien arrêt (Cass. 7 Floréal An V, S. chr.), mais l'exclusion a été limitée postérieurement aux arbitrages forcés (Paris 3 mars 1828, S. 28.2.118) puis complètement éliminée (Chambéry 15 mars 1875, S. 76.2.85). De fait les textes récents n'ont refusé à l'étranger le droit d'être arbitre que dans le cas particulier des conflits collectifs du travail (C. T., L. IV, art. 115) ce qui paraît impliquer la liberté ailleurs (en ce sens, semble-t-il, Niboyet, II, p. 46, note 1). Les étrangers ne peuvent être délégués à la liberté surveillée des mineurs délinquants (Ord. 2 févr. 1945, art. 25).

(5) Elle ne l'était pas avant 1927 par l'admission à domicile. V. les décisions du Cons. de l'ordre de Paris, citées par M. Niboyet, II, p. 56. La raison de la règle explique aussi qu'avant 1920 les avocats non inscrits au barreau mais ayant prêté serment pouvaient être étrangers (v. Niboyet, II, p. 54), et que les *agréés* doivent être Français (Ord. 2 nov. 1945).



La tutelle a été autrefois considérée comme une charge publique réservée aux Français (v. Boudant, 2<sup>e</sup> éd., t. II, n. 233, t. III bis par Breton, n. 11566). Mais la Cour de cassation a finalement admis les étrangers à exercer la tutelle des mineurs de leur famille, au moins de leurs descendants (Civ. 16 févr. 1875, S. 75.1.193, note Labbé. V. également pour l'admission dans un conseil de famille Paris 21 août 1879, S. 80.2.81). Et c'est justice : dans la conception française le caractère familial de la tutelle est prédominant, et la famille n'est pas juridiquement partie intégrante de la chose publique sous son aspect institutionnel (1). Même quand le tuteur n'est pas un parent, il est le délégué de la famille, étant nommé par le conseil de famille et contrôlé par lui.

La famille entre au contraire dans l'organisation publique par les associations de familles. On s'explique donc que celles-ci n'aient été ouvertes qu'aux chefs de famille de nationalité française (L. 29 déc. 1942, art. 3) : l'ordonnance du 3 mars 1945, art. 4, les limite même aux familles « constituées par le mariage et la filiation légitime ou adoptive et dont le chef et les enfants sont français ».

**172. Charges publiques.** — L'étranger n'est pas soumis à la charge publique la plus lourde qui frappe les Français : le service militaire. Ce service implique en effet un attachement à la patrie qu'on ne peut exiger en droit des étrangers, et l'incorporation de ceux-ci risquerait en fait de tourner au détriment de la force militaire française (2). Le principe est constant en droit comparé et peut donc être regardé comme exprimant une obligation internationale (3). La France a estimé ne pas manquer à cette obligation en incorporant cependant les *apatrides* (L. 31 mars 1928, art. 3, modifié par le décret du 26 septembre 1939) : aucun Etat n'a qualité pour s'en plaindre et il ne faut pas favoriser une situation contraire à l'ordre international ; il serait d'ailleurs choquant que les apatrides échappassent à tout service militaire français ou étranger alors qu'ils bénéficient des avantages de la vie en France, et on ne contrarie chez eux aucun attachement à un autre pays ; leur petit nombre rend au surplus la solution sans danger (4). Le décret du 12 avril 1939 a assimilé aux apa-

(1) V. dans le même sens Paris 2 déc. 1882, *Le Droit* 3 déc. 1882 ; Nancy 29 oct. 1898, D. P. 99.2.209, J. 99.602 ; Alger 29 oct. 1908, J. 1909.1133, R. 1910.456 ; Seine 27 déc. 1906, J. 1907.717 (conseil de famille). Les arrêts de Nancy et d'Alger paraissent même abandonner toute restriction.

(2) Ce second motif explique, avec sans doute le souci du respect de la souveraineté étrangère, qu'on ne leur permette même pas de s'engager volontairement dans l'armée. La France tient compte des offres spontanées par l'institution de la Légion étrangère, qui n'a pas été d'ailleurs sans soulever quelque difficulté en droit international, v. le *Rép. de dr. int.*, v° *Armée*, n. 111. L'engagement des étrangers est d'ailleurs accepté en temps de guerre, et même avant, pour la durée de la guerre (L. 31 mars 1928, art. 4, D. 12 avril 1939, D. 27 mai 1939) : la pression des circonstances et la qualité de l'offre font échec aux autres considérations. La loi du 11 juil. 1938 avait prévu à la charge des apatrides réfugiés en France des prestations militaires ; elle a été abrogée sur ce point par la loi du 27 sept. 1940.

(3) V. le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 222 et s., et notamment le texte présenté par la conférence internationale sur le traitement des étrangers, n. 225.

(4) Le Conseil d'Etat en a encore atténué la portée en décidant très justement que les apatrides non recensés avant 1923 n'étaient pas astreints au service militaire (26 oct. 1938, S. 1939.3.19). V. sur le problème Stoupnitzky, R. 1938.394 et R. 1939.524.



trides, pour des raisons comparables, quoique moins sûres, les réfugiés bénéficiaires du « droit d'asile ». V. *Trav. Comité fr. d. l. p.* 1939.56.

Mais hormis cette différence, assurément capitale d'ailleurs, l'étranger est pour le surplus soumis, de manière générale, aux mêmes charges publiques que le national. Il est exposé, par exemple, aux réquisitions et aux prestations de services personnels (v. L. 4 sept. 1940 sur la réquisition de la main-d'œuvre industrielle; L. 23 mai 1943 sur la réquisition de la main-d'œuvre agricole; v. à l'étranger, même pour des services de police, le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 235). Il est surtout assujéti aux impôts: ceux-ci sont dûs à raison de facteurs tels que le domicile ou les propriétés situées ou les actes passés en France, qui font abstraction de la nationalité des redevables, et à juste titre puisque ces facteurs sont réputés déceler la participation aux avantages de l'organisation étatique française. Il est même admis que les étrangers pourraient être frappés d'impôts spéciaux, car ils doivent souvent plus au pays qui les accueille qu'ils ne lui apportent (v. le *Rép. de dr. int.*, *eod.* v°, n. 149), mais ce procédé expose aux mesures de rétorsion et aurait en France l'inconvénient de nuire au tourisme; aussi les projets en ce sens n'ont-ils pas abouti. On a même vu exempter, par traité, les étrangers de certains impôts appliqués aux Français (v. p. ex. le traité franco-espagnol du 7 janv. 1862, art. 4, dispensant de l'impôt sur les bénéfices de guerre; cf. l'arbitrage du P<sup>e</sup> Ador, J. 1923.217) de même qu'ils ont échappé à la réquisition des devises étrangères (D. 113 févr. 1940). Les dégrèvements pour charges de famille ne profitent cependant pas aux étrangers, sous réserve des traités (C. contrib. directes, art. 104; v. sur les traités, Niboyet, II, p. 26): ils visent en effet à encourager les familles françaises parce que ce sont elles qui constituent la structure de la nation. Sur le problème des doubles imposition v. *infra* n. 253.

**173. Bénéfice des services publics.** — L'étranger bénéficie en principe de l'ensemble des services publics français. Ceux-ci en effet répondent traditionnellement à des besoins si nécessaires, tels que la sécurité des personnes ou l'organisation des communications, que leur refus à l'étranger l'exclurait de la vie sociale et équivaldrait donc à la négation de sa personnalité civile. Des services aussi indispensables s'adressent nécessairement à l'homme en tant que tel, et pas seulement au citoyen, ils profitent donc à l'ensemble de ceux qui sont présents sur le territoire.

Mais l'évolution moderne des idées a confié à l'Etat des fonctions nouvelles, dont la nécessité est plus relative, comme celles de l'enseignement, ou qui supposent une solidarité plus étroite comme celles de l'assistance. S'exercent-elles au profit des étrangers?

La réponse est affirmative pour l'enseignement. On peut observer que l'enseignement primaire est obligatoire sous peine de sanctions pénales et que l'étranger est soumis en France aux lois pénales; ces sanctions expriment d'ailleurs le caractère nécessaire de l'instruction primaire, lequel justifie que l'étranger puisse y prétendre comme à la protection de la police ou à l'usage des routes. La loi du 9 août 1936, modifiant l'article 4 de la loi du 28 mars 1882, a d'ailleurs précisé que « l'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes, Français et



étrangers, âgés de six ans à quatorze ans révolus ». Ces motifs n'existent pas pour l'enseignement secondaire et supérieur, au moins avec la même force, engendrant une obligation légale sanctionnée pénalement. Mais ces deux enseignements répondent à une utilité humaine assez profonde pour qu'on ait reculé devant le refus de leur bénéfice aux étrangers, et il y a d'autre part intérêt à dispenser une formation intellectuelle française à des jeunes gens élevés en France qui seront peut-être de ce fait attirés à la naturalisation, ou qui feront connaître dans leur pays la culture française. Des facilités ont même été instituées au profit des étrangers dans l'enseignement supérieur, justifiant ainsi la pratique établie, sous forme de dispenses et d'équivalences de titres. Mais des précautions s'imposent pour que ces faveurs n'encouragent pas la concurrence étrangère dans les carrières libérales: V. l'ord. 24 sept. 1945 sur les professions médicales, art. 3; L. 11 oct. 1946.

Le bénéfice des services d'assistance a été refusé aux étrangers dans des cas particuliers: assistance médicale gratuite (L. 15 juill. 1893, art. 1<sup>er</sup>), assistance aux vieillards (L. 14 juill. 1905; Cons. d'Etat 16 déc. 1908, R. 1910.818), dommages de guerre (L. 17 avril 1919, ord. 2 nov. 1945, L. 28 oct. 1946) (1), assistance aux familles nombreuses (D. 29 juill. 1939, art. 75: les enfants doivent être Français), secours de chômage (v. p. ex. le D. 31 oct. 1935) (2), allocations aux vieux travailleurs (Ord. 2 févr. 1945), allocations aux femmes en couches (Ord. 2 nov. 1945). Ces solutions peuvent s'expliquer par des raisons spéciales, assez claires dans le cas des dommages de guerre, de l'assistance aux familles nombreuses et même des secours de chômage, où la solidarité en cause est certainement nationale (la protestation de la Suisse à la Société des Nations en 1934 contre le refus des dommages de guerre à ses ressortissants est restée sans effet, v. Maupas, J. 1935.277, 1936.560). Mais il paraît légitime d'estimer qu'à défaut de prohibition expresse les services d'assistance doivent profiter aux étrangers parce que le raisonnement *a contrario* s'appuie ici sur le caractère d'humanité élémentaire de ces services qui doivent à ce titre bénéficier à l'homme en tant que tel et pas seulement au citoyen (Dans le sens de cette conclusion v. Oualid, *La France a-t-elle une politique d'immigration?* R. 1936.19; sur les travaux de la S. D. N. v. R. 1937.335; *adde* Royère, *Le statut juridique des étrangers au regard de la législation française en matière d'assistance*, thèse Aix 1936).

En fait les étrangers sont admis dans les hôpitaux comme les Français (v. Cons. d'Etat 8 déc. 1893, *Journal d'adm.* 1894.5). L'administra-

(1) Il suffit d'ailleurs que la victime ait été française au jour du dommage (Cons. d'Etat 12 févr. 1932, G. P. 1932.1.862) mais cette condition est nécessaire (Cons. d'Etat, 17 nov. 1933, D. P. 1934.3.53, note Désiry, R. 1935.117). Les traités, et certains services militaires sont réservés. La convention franco-belge du 9 oct. 1919 a admis les Belges au bénéfice de la loi sous condition d'employer l'indemnité à reconstruire sur place; elle s'applique aux Belges cessionnaires des Français: Cass. 16 févr. 1935, G. P. 1925.1.596. V. le *Rép. de dr. int.* v° *Dommages de guerre*, par P. de Solère. La L. 28 oct. 1946 règle le cas des biens indivis entre Français et étrangers (art. 11); le D. 31 déc. 1946 a institué des avances remboursables aux sinistrés étrangers.

(2) On peut en rapprocher le droit d'affouage, c'est-à-dire de prendre du bois de chauffage sur les biens communaux. Les étrangers ne peuvent y prétendre que s'ils sont admis à domicile (art. 105 C. Forestier); ils en sont donc exclus depuis la suppression de l'admission à domicile: Cons. d'Etat 20 janv. 1933, R. 1935.296.



tion le fonde sur ce que la loi du 7 août 1851 dispose en termes généraux que le malade privé de ressources est admis dans les hôpitaux sans condition de domicile; mais cette interprétation implique précisément qu'à défaut de texte exprès en sens contraire l'assistance bénéficie aux étrangers comme aux Français. V. aussi pour les pensions militaires Cons. d'Etat 4 juin 1937, *Gaz. Trib. Maroc* 23 oct. 1937, et pour une interprétation favorable du domicile de secours du naturalisé Cons. d'Etat 3 mai 1911, *La Loi* 22 juin 1911. Cf. circ. min. 3 avril 1946, R. 1946.322.

Le caractère exceptionnel du refus aux étrangers du bénéfice des services publics autorise à conclure qu'ils ont droit par principe à ce bénéfice, sous réserve de dispositions particulières en sens contraire. Si l'évolution moderne du rôle de l'Etat implique une solidarité plus étroite entre ceux qui profitent de l'action de ses services, celle-ci s'adresse plus directement à des besoins proprement humains et il ne faut en priver l'étranger que s'il y a des raisons particulières de la réserver à la solidarité nationale. Cf. cep. en un sens moins affirmatif le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 208, et l'indication des traités.

## Section II

### Droit privé.

174. **Généralités.** — L'évolution historique avait conduit à rapprocher de plus en plus vers la fin de l'ancien régime la condition de l'étranger et celle du national en droit privé. Le droit d'aubaine restait en substance la seule différence, v. sur son évolution à la fin de l'ancien droit, Lainé, *Capacité successorale des étrangers*, th. Paris, 1900. Il fut supprimé « pour toujours » par la loi du 6 août 1790 au nom des « principes de fraternité », et la suppression confirmée par la constitution de l'An III (art. 335).

Le Code civil, ici comme ailleurs, réagit contre la générosité des formules nouvelles mais moins sans doute au nom d'une prudence traditionnelle que par ressentiment contre l'hostilité de l'Europe à la France révolutionnaire (Lerebours-Pigeonnière, n. 154). Il parut que l'octroi des droits civils aux étrangers pouvait être en principe total, mais devait être subordonné à la condition de réciprocité diplomatique au profit des Français: c'est la substance de l'article 11, seul texte général en la matière.

Cette équité apparente recouvrait en réalité une grave régression, car elle déniait, prise à la lettre, la jouissance de tous les droits privés à l'étranger dont le pays n'aurait pas conclu de traités à cet effet avec la France. La simple réciprocité législative à laquelle on avait d'abord songé (Lerebours-Pigeonnière, n. 154) aurait été beaucoup moins rigoureuse. Aussi la jurisprudence a-t-elle été amenée, par la force des choses, à élaborer sur l'article 11 un important travail d'interprétation.

D'autre part l'octroi des droits civils, dans le cas de réciprocité diplomatique, n'était pas total: les articles 726 et 912 ressuscitaient le droit d'aubaine. Il fut, il est vrai, aboli à nouveau, et cette fois définitivement, par la loi du 14 juillet 1819 de sorte que pour un temps la condition de



l'étranger fut extrêmement proche de celle du national. Mais l'évolution récente, se ressentant des problèmes posés par l'immigration contemporaine et l'accroissement de la solidarité nationale avec l'extension des fonctions de l'Etat, a vu réapparaître les lois dont le bénéfice est refusé aux étrangers. Une politique d'assimilation des étrangers sur le terrain de la nationalité tend facilement à insister sur les différences entre le statut de l'étranger et celui du national pour attirer à la naturalisation: le lien entre les deux matières de la nationalité et de la condition des étrangers est certain. Il y a donc lieu d'examiner l'article 11 du Code civil puis les lois postérieures, enfin les traités diplomatiques.

#### § 1<sup>er</sup>. — L'ARTICLE 11 DU CODE CIVIL.

**175. Système général du Code civil.** — L'article 11 du Code civil énonce que: « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ».

La condition de réciprocité ainsi posée crée donc deux catégories d'étrangers: les étrangers privilégiés, à savoir ceux qui bénéficient d'un traité, et les étrangers ordinaires, qui n'en bénéficient pas. Mais le Code civil en créait une troisième dans l'article 13 aux termes duquel « l'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils ». La division tripartite ainsi instituée devait permettre au gouvernement de mesurer les faveurs que l'opportunité conseillerait à l'égard de telles ou telles catégories d'étrangers: les traités octroieraient certains droits civils, l'admission à domicile les accorderait tous.

En fait ce système général n'a pas tenu. D'une part l'admission à domicile n'a pas créé une véritable catégorie d'étrangers privilégiés; elle n'a été pratiquement sollicitée et obtenue que par des candidats à la naturalisation, et est donc restée une situation purement provisoire; elle a finalement été abolie par la loi du 10 août 1927, abrogeant l'article 13 du Code civil. D'autre part les traités ont été rendus peu utiles par la jurisprudence intervenue sur l'article 11.

En effet l'article 11 pris à la lettre refusait aux étrangers non bénéficiaires de traités la jouissance de l'ensemble des droits civils. Cette régression de plusieurs siècles était trop contraire à la conviction acquise que l'unité de la nature humaine appelle la reconnaissance de la personnalité civile de l'étranger pour pouvoir se maintenir. Des efforts doctrinaux sont issus successivement trois systèmes d'interprétation de l'article 11 sur lesquels la jurisprudence a eu à se prononcer.

**176. Les trois interprétations successives. 1<sup>o</sup> Système de Demolombe.** — Le premier système est dû à Demolombe, il a également été soutenu par Marcadé. Le « prince de l'exégèse » se refuse naturellement à lire dans l'article 11 autre chose que son sens grammatical: les « droits civils » refusés à l'étranger ordinaire sont l'ensemble des droits privés



reconnus par les lois civiles (1). Pour échapper aux conséquences inadmissibles de ce point de départ l'immédiate recourt à un procédé bien caractéristique aussi de l'exégèse; il cherche les textes particuliers où le législateur aurait manifesté la volonté de déroger au principe ainsi posé. Il y en a d'express, telle la loi du 14 juillet 1819 reconnaissant aux étrangers le droit de transmettre et de recueillir à cause de mort. Mais il y a aussi des dérogations implicites, par exemple en matière de nationalité: les articles 12 et 19 règlent la nationalité de l'étrangère qui épouse un Français et de la Française qui épouse un étranger, impliquant au profit de l'étranger le droit de contracter mariage. Il s'en trouve aussi en matière de conflits de lois: l'article 3 soumettant à la loi française les immeubles situés en France « même possédés par des étrangers » implique le droit pour les étrangers de jouir en France du droit de propriété...

On rend donc d'une main ce qu'on enlevait de l'autre, ce qui laisse peu de valeur au respect professé pour la lettre de l'article 11. Et on le rend d'une manière accidentelle et irrationnelle difficile à accepter. Les solutions implicites retenues auraient dû être interprétées comme s'appliquant à des étrangers ayant obtenu la jouissance des droits civils par un traité ou par l'admission à domicile, car elles règlent de la nationalité ou des conflits de lois, et non de la jouissance des droits. Le résultat consiste à reconnaître à l'étranger une série de droits établie sans autre raison que des accidents de rédaction des textes.

177. 2<sup>e</sup> Système d'Aubry et Rau. — Aubry et Rau (I, § 78) considèrent que l'expression « droits civils » dans l'article 11 doit être interprétée à la lumière des idées reçues vers la fin de l'ancien régime. Or nos anciens auteurs opposaient les « facultés de droit civil » aux « facultés de droit des gens », les premières étant seules refusées aux étrangers. La plus importante était d'ailleurs le droit de succession à cause de mort; la Révolution l'ayant rendue aux étrangers, les rédacteurs de l'article 11 ont entendu réagir contre cette générosité mais sans toucher au principe acquis que l'étranger jouit des facultés du droit des gens; les travaux préparatoires sont en ce sens (2).

Comment dès lors définir les deux catégories? Les illustres auteurs, se référant à la tradition, voient dans les facultés de droit des gens les droits dérivant de la loi naturelle et communément reçus par les législations civilisées, et dans les facultés de droit civil les institutions artificiellement créées par les législations particulières. Le mariage ou la propriété répondent, par exemple, à la première définition; l'adoption, au contraire,

(1) V. l'immédiate, *Cours de Code Napoléon*, I, n. 246; Marcadé, *Éléments du dr. civil* II, § 60, I, p. 117. Les arguments de textes jouaient naturellement avec abondance: l'article 3 énonce que « tout Français jouit des droits civils », entendamment par la l'ensemble du droit privé; même sens dans la rubrique du chapitre « de la jouissance des droits civils », dans l'article 13 octroyant la jouissance des « tous les droits civils » à l'étranger admis à domicile.

(2) Portalis déclare effectivement: « Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers: ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples » (Loché, I, p. 330). Portalis au tribunal oppose aussi le droit civil au droit « naturel ou général »; les successions appartiennent au premier, les contrats, la propriété au second (Loché, II, p. 245-247).



est une création artificielle propre à certaines législations; l'hypothèque légale de la femme mariée encore est une de ces mesures que n'impose aucunement le droit naturel et qui n'existe pas partout. L'étranger n'en jouira donc point.

Le système a exercé une grande influence. Il paraît exact en tant qu'il attribue aux auteurs de l'article 11 une distinction reçue dans l'ancien droit, exprimée assez clairement dans les travaux préparatoires, et répondant à une nécessité du commerce international amplement éprouvée par l'expérience. Mais sa définition de la distinction est impraticable. En effet comme l'a souligné M. Lerebours-Pigeonnière, toute institution relève de la loi naturelle quant au but qu'elle poursuit et de particularités propres à une législation quant aux modalités en lesquelles elle s'incarne. Le mariage répond en substance à une loi de nature et cependant sa réglementation varie considérablement d'une législation à l'autre. L'adoption satisfait à l'instinct éminemment naturel de dévouement qu'éprouvent les gens sans enfants, ce qui ne l'empêche pas de recevoir des organisations très diverses.

Il semblerait qu'Aubry et Rau, malgré leurs réserves à cet égard (1), se soient ressentis de la théorie peu à peu mise en faveur aux <sup>xvii</sup><sup>e</sup> et <sup>xviii</sup><sup>e</sup> siècles qui voit dans le droit naturel un modèle parfait de législation. Il y a donc des institutions conformes au droit naturel et d'autres qui, sans lui être contraires, lui sont cependant étrangères, étant l'œuvre propre d'un législateur déterminé. Or, comme les philosophes médiévaux l'avaient au contraire aperçu, la loi naturelle ne donne directement que des principes tels que le respect de la vie ou des biens d'autrui ou la fidélité à la parole donnée, principes d'une généralité trop grande pour répondre par eux-mêmes aux besoins infiniment complexes d'une société donnée. Il faut donc d'une part déduire de ces principes des applications propres aux problèmes plus particuliers qui se posent, et d'autre part arrêter, en fonction de ces principes et des conclusions qui en sont déduites, des solutions plus précises encore et relativement arbitraires (l'âge de la majorité, par exemple) pour répondre aux besoins de sécurité et de prévision qu'engendre la vie sociale. Mais ces solutions précises ne peuvent être réputées étrangères à la loi naturelle, car la loi naturelle, pour reprendre l'exemple de la majorité, s'oppose à ce qu'un enfant soit tenu par une parole donnée sans conscience de ses conséquences: le but final poursuivi par les dispositions les plus particulières ne peut être que celui dont la loi naturelle donne les voies nécessaires dans leur généralité. La quasi totalité des dispositions d'une législation concerne une société nettement caractérisée par sa situation dans le temps et dans l'espace et doivent donc incarner les préceptes généraux en des règles particulières adaptées à l'histoire et à la géographie. Le *jus gentium* et le *jus civile* formaient à Rome deux corps constitués de législations positives adaptées à deux sociétés différentes, qui ne différaient que par le caractère plus rationnel et plus universel du premier.

Le système d'Aubry et Rau ne se prête donc pas à une application satisfaisante: on en verra du droit naturel partout parce que toute loi rai-

(1) V. en dehors des nuances de leur formule le passage cité par Bonnet-Latour, *La pensée juridique française*, I, p. 530-537.



sonnable doit être en accord avec la loi naturelle par son but, ou on n'en verra nulle part parce que toute loi s'incarne en des dispositions propres à un pays donné. Les quelques exemples proposés par les célèbres civilistes illustrent facilement cette conclusion.

178. **3° Système de Demangeat et Valette.** — Un troisième système dont on trouve l'origine dans Zachariae, mais qui a été vulgarisé par Demangeat (*Conditions des étrangers*, 1844, n. 56) et soutenu par Valette (*Explication du Code civil*, 1859, p. 407) admet le point de départ d'Aubry et Rau: l'expression « droits civils » dans l'article 11 doit s'entendre comme dans l'ancien droit par opposition au droit des gens. Mais Demangeat se sépare d'Aubry et Rau dans sa définition des droits civils. Pour lui les rédacteurs du Code civil n'ont jamais eu en vue sous ce vocable que le seul droit civil retenu comme tel dans l'ancien droit, à savoir le droit de succession à cause de mort. On se l'explique psychologiquement et on le vérifie textuellement dans le fait qu'ils ont pris soin de spécifier pour ce seul droit (art. 726 et 912) dans quelle mesure, différente d'ailleurs de celle de l'ancien droit, ils le refusaient aux étrangers. Mais l'interprète est dès lors fondé à considérer que les droits civils refusés aux étrangers par opposition aux facultés du droit des gens sont ceux qu'un texte exprès désigne comme tels.

C'est la conclusion exactement opposée à celle de Demolombe, et elle se recommande naturellement des avantages qui manquaient à cette dernière: elle répond aux besoins du commerce international, de plus en plus pressants, elle satisfait le sentiment de l'unité foncière de la nature humaine affirmée par le christianisme, elle consacre l'évolution juridique des siècles précédents. Sur la théorie d'Aubry et Rau elle a l'avantage de la précision: le juge trouve la solution écrite dans la loi et il appartient au législateur de décider clairement quand des raisons particulières s'opposent au jeu normal des principes. Aussi n'est-il pas surprenant qu'elle ait rallié pratiquement l'ensemble des auteurs modernes (v. Lerebours-Pigeonnière, p. 182; Niboyet, II, n. 717; Surville, n. 120; Despagne et de Boeck, n. 41; Weiss, II, p. 222).

179. **Conclusion.** — Cette position doctrinale paraît fondée. La lettre du Code civil appelle sans doute une interprétation plus large de l'expression « droits civils », mais l'état des idées juridiques à l'époque rend éminemment vraisemblable l'interprétation de Demangeat et jette au moins le doute sur l'intention réelle des auteurs de l'article 11. Il est possible qu'il aient admis implicitement la conception d'Aubry et Rau, tout en pensant pratiquement, comme le soutient Demangeat, au seul droit de succession. Quoi qu'il en soit, nous ne pensons plus, comme à l'époque de l'exégèse, être nécessairement liés par l'intention effective des rédacteurs du Code civil, et ce d'autant moins que cette intention est en fait douteuse; il nous suffit d'attribuer au texte une interprétation compatible avec sa teneur si elle est justifiée par les données du problème à résoudre, parce qu'il est raisonnable de penser que le législateur l'aurait adoptée si le problème lui avait été soumis tel quel; il a usé d'une formule relativement souple pour permettre les adaptations nécessaires.



Il importe d'ailleurs d'observer que cette position est généralement admise aujourd'hui en droit comparé, sous la réserve fréquente du droit d'acquérir des immeubles, ignorée cependant du droit français (1).

180. **Position de la jurisprudence.** — On peut considérer que la jurisprudence a suivi une évolution assez parallèle à celle de la doctrine. Les arrêts les plus anciens ont refusé aux étrangers le droit à l'adoption (Civ. 5 août 1823, S. 23.1.353), la protection du *nom commercial* (Cass. Réun. 12 juil. 1848, S. 48.1.418, concl. du proc. gén. Dupin) pour la raison que les textes ne leur en attribuaient pas le bénéfice. C'est le système exégétique de Demolombe. Mais l'arrêt des chambres réunies de 1848 amorce déjà l'évolution ultérieure en ajoutant que la loi sur le nom commercial a exclusivement pour but « de protéger l'industrie nationale » (2).

C'est en effet par la suite au système d'Aubry et Rau que se rattachent manifestement les arrêts tant dans leurs solutions que dans leurs motifs qui font état de l'opposition du droit civil au droit des gens. C'est ainsi notamment que par deux arrêts des 3 et 5 juillet 1865 (S. 65.1.441) la chambre civile a reconnu aux étrangers le droit d'accomplir, de manière générale, des actes de commerce en France, en vertu « du droit des gens dont il dérive ». Cf. *infra* n. 698.

Mais il est remarquable que la distinction n'a été utilisée à l'encontre de l'étranger au nom du droit civil *stricto sensu* que dans deux cas, celui de l'hypothèque légale des incapables et celui de l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs. L'hypothèque légale a été refusée aux femmes mariées étrangères par plusieurs arrêts énonçant « que l'hypothèque légale au profit des femmes mariées ne relève pas du droit des gens, qu'elle est une création de la loi positive » (3). L'influence d'Aubry et Rau qui avaient précisément pris cet exemple (3<sup>e</sup> éd., I, 1856, p. 272) paraît manifeste sans d'ailleurs justifier pour autant la solution. Celle-ci paraît bien applicable, par ses motifs, à l'hypothèque légale des mineurs (v. en ce sens Civ. 5 févr. 1872, S. 72.1.190); les cours d'appel

(1) V. Verdross, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1931.III.354; et plus spécialement pour l'Angleterre et les Etats-Unis Beale, I, § 1<sup>er</sup>, 10; Healy, *La condition juridique de l'étranger, spécialement aux Etats-Unis*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1929, II, 405, 447 (assimilation de principe, sauf pour la propriété des immeubles dans certains Etats); pour l'Allemagne, Nussbaum, p. 114 (l'art. 88 Loi introd. a simplement donné aux Länder le droit de subordonner l'acquisition des immeubles au consentement de l'Etat); en Italie, le principe d'assimilation posé en 1865 (art. 3) a été maintenu par le nouveau code civil « sous la condition de réciprocité et sauf les dispositions contenues dans les lois spéciales » (art. 6). Déjà à Athènes la propriété foncière était refusée aux méléques (Jardé, *La formation du peuple grec*, p. 306).

(2) On lit déjà dans Civ. 7 juin 1826, S. 26.1.330 « que l'adoption n'appartient ni au droit naturel ni au droit des gens ». V. aussi Req. 22 nov. 1825, S. 26.1.142.

(3) Req. 27 janv. 1903, D. P. 1903.1.249, S. 1904.1.81. V. déjà Civ. 20 mai 1862, S. 62.1.673; Civ. 4 mars 1884, S. 84.1.273; et pour l'octroi de l'hypothèque aux Italiennes à raison du traité franco-italien de 1860 Civ. 5 févr. 1872, S. 72.1.190; Civ. 5 nov. 1878, S. 79.1.126. V. Coilliot, thèse, Lille, 1939, et sur les divers traités qui peuvent être invoqués par les étrangers, Charron, *L'hypothèque légale de la femme étrangère*, *Nouv. Revue de dr. int. privé* 1937.29.



193  
l'ont compris ainsi (1). Il faut aussi considérer, malgré les doutes qui ont été émis à cet égard (v. Lerebours-Pigeonnière, p. 183-184) que l'*usufruit légal des père et mère* sur les biens de leurs enfants mineurs a été refusé aux étrangers par la Cour de cassation: Civ. 14 mars 1877, S. 78.1.25. Mais le caractère effectivement peu rationnel, et probablement anachronique, de cette institution dans le droit civil français ne suffit pas à justifier la distinction d'Aubry et Rau. Il faudrait, pour en tenir compte, aller jusqu'au bout et déclarer cet usufruit contraire au droit naturel parce que non justifié rationnellement. Mais les juges n'ont pas à exprimer leur désapprobation des lois par le refus de les appliquer aux étrangers, ce qui reviendrait à leur rendre une meilleure justice qu'aux Français.

La distinction d'Aubry et Rau ainsi adoptée en principe, a donc été en fait peu utilisée (2). Et il faut ajouter que les droits civils qualifiés tels plus anciennement, sous l'influence de l'école exégétique, ont été reconnus aux étrangers par des lois postérieures: loi du 26 novembre 1873 pour le nom commercial, loi du 19 juin 1923 pour l'adoption (3). Finalement il n'existe en droit positif que deux exemples de « droits civils » définis par la jurisprudence.

Il est donc permis d'estimer que le droit français s'oriente en fait vers la troisième interprétation de l'article 11 qui ne voit de droits civils refusés aux étrangers que là où le législateur en a expressément décidé ainsi. Cette vue s'appuie sur la méthode du législateur moderne qui a pris soin, à maintes reprises (v. *infra* n. 183 et s.), de spécifier que les droits qu'il instituait bénéficiaient aux seuls Français. La jurisprudence s'étant abstenue pratiquement d'en refuser d'autres aux étrangers, il est permis de dire qu'en droit positif, hors les deux exceptions sus-mentionnées, les droits civils refusés aux étrangers sont ceux que la loi écrite qualifie tels.

Les motifs des arrêts paraissent au surplus exprimer cette évolution. Dès 1875 la Chambre civile accordait aux étrangers le droit d'exercer la tutelle des mineurs de leur famille au nom du droit naturel, mais aussi parce « qu'on ne trouve dans nos lois aucune disposition qui exclue de ces charges de famille les père et mère ou autres ascendants étrangers » (Civ. 16 février 1875, S. 75.1.193, note Labbé). En 1895 la solution est généralisée aux matières commerciales classées dès 1865 dans le droit des gens: il faut un texte exprès pour refuser un droit aux étrangers (Civ. 18 juil. 1895, S. 95.1.305, note Lyon-Caen; v. aussi Civ. 1<sup>er</sup> août 1893, S. 95.1.41). En 1923 la Cour de cassation reconnaît aux étrangers le droit de bénéficier des moratoires institués en temps de guerre, évidemment faute de texte en sens contraire, car nulle institution n'est plus « civile »

(1) Amiens 18 août 1834, D. P. 35.2.153; S. 35.2.481; Rennes 30 août 1845, D. P. 46.2.164, S. 45.2.606; Seine 12 juil. 1883, G. P. 83.2.289; cf. Gand 4 juil. 1846, S. 47.2.36; v. cep. Grenoble 19 juil. 1849, S. 50.2.261 (motifs); Bourges 4 août 1874, S. 75.2.69 accordant aux mineurs étrangers hypothèque sur les biens de leur tutrice française au motif que la tutelle était régie par la loi française.

(2) Elle a aussi joué un rôle dans le refus de la tutelle aux étrangers. Mais l'argument principal était le caractère public de cette charge (n. 171).

(3) On peut aussi mentionner que l'incompétence des tribunaux français entre étrangers se fondait entre autres arguments sur ce que le droit d'agir en justice était un droit civil. L'évolution ultérieure a éliminé peu à peu cette incompétence (n. 698).



et moins « naturelle ». (Civ. 23 avril 1923, S. 1923.1.280, J. 1924.415, R. 1924.40) (1). Et finalement en matière de loyers le refus exprès de certains droits aux étrangers a bien obligé les tribunaux à leur accorder ceux sur lesquels les mêmes lois étaient muettes. V. Com. sup. cass. 30 juin 1928, D. H. 1928.435, G. P. 1928.2.271. Les mesures récentes sur la réintégration de certains locataires (Ord. 14 nov. 1944), l'annulation des actes de spoliation (Ord. 21 avril 1945) ont été entendues dans le même sens (Paris 16 juil. 1945, G. P. 19 sept. 1945; 17 juil. 1945, G. P. 4 août 1945; 23 juil. 1945, G. P. 13 oct. 1945; 10 déc. 1945, R. 1947.105; 23 janvier 1946, J. C. P. 1946.II.2991, concl. av. gen. Deraze, S. 1946.2.35; Soc. 28 nov. 1946, G. P. 22 janv. 1947). Le système de Demangeat a été adopté en termes exprès par certaines cours d'appel: C. de l'Afrique équatoriale française 22 févr. 1922, S. 1923.2.41, note Niboyet; Paris 10 févr. 1928, G. P. 1928.1.535 (2).

## § 2. — LES LOIS POSTÉRIEURES.

181. **Généralités. Dispositions du Code civil et du Code de procédure civile.** — Après avoir posé le principe de l'article 11 le Code civil établissait à l'encontre de l'étranger deux incapacités notables, celle de recueillir une succession *ab intestat* et celle de recevoir à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort (art. 726 et 912). Ces deux incapacités, qui ressuscitaient le droit d'aubaine aboli par la loi du 6 août 1790 (3), ont été abrogées par la loi du 14 juillet 1819 qui a institué, à titre compensatoire, le droit de prélèvement; ce droit étant devenu en jurisprudence une véritable règle de conflits de lois, il sera étudié avec les conflits de lois en matière de successions (n. 661). Le souci éprouvé en 1804 de réagir contre la générosité estimée excessive de la Révolution n'avait pu s'opposer à l'évolution vers l'égalité de l'étranger et du national en droit privé: la secousse révolutionnaire avait emporté le dernier reste qui subsistait dans l'ancien droit de l'antique négation de la personnalité de l'étranger; le caractère éphémère de sa résurrection par le Code civil montre la force des idées génératrices de cette évolution: elles ont éliminé, avec raison sans doute, la considération que le droit d'aubaine s'opposait à l'établissement stable en France de l'étranger non naturalisé. L'institution du droit de prélèvement ne marque guère que la tendance permanente à ménager les transitions.

(1) La Cour se fonde d'ailleurs sur ce que les moratoires avaient été institués en raison de la désorganisation des services judiciaires et des offices ministériels... V. par contraste la loi du 21 août 1936 accordant des délais de paiements à certains débiteurs qui exclut de son bénéfice les étrangers résidant en France depuis moins de cinq ans et ne pouvant invoquer la réciprocité de fait.

(2) La Société d'Etudes législatives a adopté un projet dans lequel l'article 11 est ainsi rédigé: « L'étranger ne jouit pas en France des droits privés réservés expressément aux Français par la loi, sauf disposition contraire des traités diplomatiques ». V. le *Bulletin* 1930, p. 88, 162 et l'observation du procureur général Matter qu'une réforme en ce sens modifierait peu l'état de la jurisprudence.

(3) Sous une forme différente d'ailleurs: l'ancien droit s'opposait à ce que l'étranger laissât une succession, prohibition qui correspondait seule à une utilité plausible (v. *infra*). La faculté de tester fut octroyée à l'étranger en faveur de ses enfants si certains de ceux-ci étaient regnicoles et pour les legs d'aliments. V. Folain-Le Bras, th. Paris, 1941 p. 61 et s.



En matière procédurale l'institution par l'article 16 du Code civil de la caution *indicatum solvi* est une autre rigueur à l'égard des étrangers. Elle sera étudiée avec les conflits de juridictions (n. 733), ainsi que le refus aux étrangers, aujourd'hui sans grande conséquence, de la *cession de biens* par l'article 905 du Code de procédure civile (1).

Enfin le Code civil portait en matière de *domicile* des dispositions qui ont conduit logiquement, sinon heureusement, la jurisprudence à refuser à l'étranger le droit d'avoir un domicile en France jusqu'à la loi en sens contraire du 10 août 1927. L'importance de la question et ses oscillations même depuis 1927 appellent une étude particulière.

D'autre part à une époque récente une série de lois, exprimant des influences diverses, ont établi des différences nouvelles entre la situation des Français et celle des étrangers; on peut les grouper sous les rubriques des « activités professionnelles », des « activités économiques », et des « lois sociales ».

**182. Domicile.** — La jurisprudence a nié au siècle dernier le droit de l'étranger à avoir un domicile en France en se fondant sur deux textes du Code civil qui lui ont paru concordants, d'une part l'article 13 aux termes duquel « l'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils », d'autre part l'article 102 énonçant que « le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». La première de ces dispositions impliquait, ont pensé les tribunaux, que l'étranger n'a de domicile en France que s'il a reçu l'autorisation d'en établir un; la seconde confirmait que le domicile n'est déterminé par le principal établissement qu'en ce qui concerne les Français.

On a répondu que l'article 13 aurait pu s'interpréter comme subordonnant seulement la jouissance des droits civils à une certaine formalité dite admission à domicile, sans pour autant traiter la question du domicile des étrangers, qui effectivement n'est pas son objet propre. Quant à l'article 102 l'exégèse grammaticale ne doit pas abuser: il n'est pas prouvé qu'en visant « tout Français » le législateur ait entendu exclure les étrangers, et on a même indiqué que cette formule tendait à marquer simplement que le domicile, en droit civil, est le même pour les non-électeurs que pour les électeurs (Lerebours-Pigeonnière, n. 158).

Quoi qu'il en soit il faut concéder que le sens obvie de l'article 13 justifiait la jurisprudence; tout en visant essentiellement à déterminer les conditions de jouissance des droits civils, ce texte instituait accessoirement, mais formellement, l'admission à domicile; et il était logique de conclure qu'à défaut d'autre spécification, l'étranger qui n'avait pu bénéficier de cette faveur, n'avait pas de domicile en France.

Le résultat n'en était pas moins fâcheux. Le domicile est un fait dont la loi tire des conséquences de droit. Refuser un domicile en France à l'étranger qui y a son principal établissement est nier un fait qui d'évi-

(1) On sait qu'au siècle dernier la jurisprudence a déduit des articles 14 et 15 C. Civ. l'incompétence des tribunaux français entre étrangers, invoquant la distinction du droit civil et du droit des gens. Mais ce n'était là qu'une déduction, éminemment contestable, de ces textes qui ne disent rien de tel. V. *infra* aux conflits de juridictions, n. 697.



dence existe; on prend prétexte de ce que la loi n'est pas tenue de tirer de ce fait les conséquences juridiques attendues, si elle n'estime pas à propos d'accorder à l'étranger les droits dont la jouissance suppose le domicile en France. Mais ces droits sont trop généraux et essentiels pour pouvoir être refusés sans nier la personnalité de l'étranger. Et comme on admet cette personnalité, force est bien d'admettre qu'elle se manifeste en permanence à un certain lieu, qui est son domicile, élément de fait qu'il est impossible de méconnaître.

La position de la jurisprudence n'a pu être maintenue. Il a bien fallu admettre que l'étranger ne pouvait exciper de l'incompétence du tribunal devant lequel il était poursuivi sous prétexte qu'il n'avait pas de domicile en France (1), que les significations pouvaient régulièrement lui être adressées à son domicile « de fait » (2) que ce « domicile » justifiait l'assujettissement aux impôts (3), la mise en faillite (4), l'attribution de la nationalité française à la majorité (*supra* n. 105), l'application de la loi française au régime matrimonial des étrangers « domiciliés » en France lors de leur mariage (5). Ces solutions ont généralement été fondées sur ce que la simple résidence suffisait à justifier les résultats auxquels elles aboutissaient (6), mais cette excuse médiocre, qui aurait pu valoir pour des résultats isolés, voilait mal la réalité. Cette réalité était que les tribunaux avaient rendu aux étrangers — malgré l'affirmation antérieurement posée, et maintenue — le droit à un domicile en France. Le refus de principe conservait par accident un sens grâce à deux applications, sans plus. La première concernait les successions mobilières: celles-ci n'étaient pas gouvernées par la loi française quand l'étranger décédé en France n'y avait pas été admis à domicile (7); on en verra ultérieurement les raisons (n. 650). La seconde visait le domicile des domestiques: ils n'étaient pas domiciliés chez leur patron si celui-ci était un étranger non admis à domicile (Civ. 5 mai 1909, D. P. 1913.1.503; Civ. 1<sup>er</sup> avril 1912, D. P.

(1) V. parmi les anciens arrêts Civ. 8 Therm. An XI, S. 03.1.368; Civ. 27 juin 1809, S. 09.1.413; Req. 20 août 1811, S. 11.1.362: la solution se trouvait dans l'ordonnance de 1667, titre 2, art. 7. L'ancien droit, effectivement, ne paraît pas avoir nié à l'étranger le droit au domicile. Denisart dit seulement (v. Aubaine, § 7, n. 24) que la déclaration de fixer son domicile équivalait, selon certains, aux lettres de naturalité, ce qui serait en harmonie avec l'interprétation qui nous a paru désirable de l'article 13. Les arrêts ultérieurs ne se comptent plus. V. notamment Req. 15 juin 1909, D. P. 1912.1.209, note de Boeck, S. 1911.1.81, note Naquet.

(2) Civ. 2 juil. 1822, S. 22.1.413; Civ. 28 juil. 1902, D. P. 1902.1.398, S. 1907.1.114, G. P. 1902.2.239.

(3) Cons. d'Etat 13 mai 1852, S. 52.2.479.

(4) Req. 24 nov. 1857, D. P. 58.1.85, S. 58.1.65; Civ. 4 févr. 1885, D. P. 85.1.159, S. 85.1.200, J. 86.83.

(5) Req. 15 juil. 1885, S. 86.1.225, G. P. 85.2.745, et les arrêts cités *intra*, n. 634.

(6) Noter cependant Req. 7 juil. 1874, S. 75.1.19 où la compétence du tribunal du domicile de l'étranger défendeur est fondée sur ce que « l'autorisation du gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable de l'établissement de son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance ». Cet intéressant arrêt qui adoptait la thèse ci-dessus développée, contraire à la jurisprudence antérieure, est resté isolé. V. l'arrêt *Forgo* cité à la note suivante, et, par contraste, Civ. 23 juil. 1855, S. 56.1.148 regardant l'assignation d'un étranger admis à domicile comme l'effet de sa jouissance des droits civils.

(7) C'est la solution de l'arrêt *Forgo* (Civ. 5 mai 1875, S. 75.1.409) célèbre aussi pour d'autres raisons, lequel maintenait en même temps, et de manière très caractéristique, la compétence des tribunaux français, sur la succession d'un étranger décédé domicilié de fait en France.



1913.I.503, S. 1912.I.228; Req. 23 avril 1925, S. 1927.I.97). Ce modeste résultat était sans grande conséquence et on s'étonne seulement qu'il ait occupé tant de fois la Cour de cassation.

Mais il s'est trouvé que l'application des lois étrangères aux successions mobilières des étrangers décédés domiciliés en France, est apparue comme un contre-sens dans un pays d'immigration. Il ne restait donc à peu près rien de positif en faveur du principe ancien. La loi du 10 août 1927, en abolissant l'admission à domicile par l'abrogation de l'article 13, a fait justice d'un système qui n'aurait jamais dû voir le jour. Négligent la suggestion paradoxale de voir dans cette réforme la suppression pour l'étranger de tout moyen d'acquérir un domicile en France, la jurisprudence a soumis à la loi française la succession mobilière de l'étranger dont le principal établissement était en France (Civ. 19 juin 1939, D. P. 1939.1.97, note L. P., S. 1939.1.308, note Niboyet), et ce nonobstant le texte inchangé de l'article 102 C. Civ. (cf. cep. Trib. Marseille 5 juin 1941, G. P. 1<sup>er</sup> oct. 1941).

Cet important arrêt qui paraissait clore la discussion était cependant déjà dépassé par la législation. Le décret du 12 novembre 1938 venait en effet de décider (art. 1<sup>er</sup>) que les étrangers ne pourraient invoquer les droits subordonnés au domicile en France que s'ils avaient obtenu un permis de séjour de plus d'un an.

Fort heureusement ce texte, qui soulevait d'ailleurs maintes difficultés d'interprétation (1), a été abrogé par l'ordonnance du 2<sup>e</sup> novembre 1945, qui n'a pas cru devoir remettre en question le droit de l'étranger à un domicile; son silence doit faire conclure, malgré l'expression de « résidents », dans le sens qui paraît exprimer le résultat de l'expérience, à savoir que l'étranger acquiert un domicile en France dans les mêmes conditions qu'un Français. La théorie d'un « domicile international », brillamment développée par M. Niboyet (I, n. 507 et s.) envisage le domicile de l'étranger comme une concession de l'Etat; conçue avec la préoccupation de voir dans le domicile un lien politique, substitué à la nationalité pour la détermination du statut personnel, cette construction s'éloigne de ce qui a paru l'évolution désirable du droit positif. V. dans notre sens Lerebours-Pigeonnière, 4<sup>e</sup> éd., n. 157.

**183. Activités professionnelles.** — Une série de lois relativement récentes interdisent pour des motifs divers aux étrangers des activités privées constituant des professions. V. Josserand, *La renaissance des droits civils*, chron. D. H. 1937.72. Une mesure générale, mais de simple recensement, était déjà intervenue dans la loi du 8 août 1893. Mais le décret du 17 juin 1938, allant beaucoup plus loin, a interdit aux étrangers d'exercer en France une activité commerciale ou industrielle si les Français ne sont pas admis à exercer la même profession dans leur pays. La règle a été étendue aux professions artisanales par la loi du 8 octobre 1940. Ces précautions générales paraissent surrogatoires dans un système qui permet à l'administration par l'octroi ou le refus de la carte de séjour

(1) Niboyet, *Suppl.*, I, p. 46; Morice, *Lois Nouv.* 1939.1.37; Maury, *Nouv. Rev. de dr. int. privé*, 1942.355 sous Paris 26 juin 1940; Barbey, *Rev. crit. de lég.* 1939.321.



d'admettre ou de refouler à son gré les étrangers. Bien plus, l'important n'est pas que les Français soient évincés ou non d'une profession donnée à l'étranger, mais que cette profession ait ou non besoin en France de représentants. Au surplus les traités prévoyant la réciprocité en la matière sont fort nombreux: le décret du 17 juin 1938, pourtant sanctionné pénalement, n'a pratiquement pas joué; c'est par la carte de séjour que s'exerce le contrôle de l'activité professionnelle étrangère.

Mais sur un certain nombre de points les étrangers se heurtent à des interdictions particulières qu'on peut grouper autour de trois idées. (Cf. le projet de la Conférence de Paris de 1929, au Rép. de dr. int., v° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 267).

1° La crainte de l'influence étrangère explique à des degrés divers l'interdiction aux étrangers sous des modalités variées (v. notamment l'avis du Conseil d'Etat du 30 oct. 1888) d'être directeur d'un établissement d'enseignement (L. 30 oct. 1886, art. 4), de participer financièrement à une publication périodique (1), d'être administrateur d'un syndicat (L. 21 mars 1884, art. 4), d'une coopérative agricole (Ord. 12 oct. 1945), directeur de spectacles (Ord. 13 oct. 1945). On peut rattacher à la même idée les interdictions d'exploiter un débit de boissons (D. 13 nov. 1945), de diriger un cercle ou casino ou être employé dans une salle de jeu (L. 15 juin 1907), de tenir une agence de renseignements et de police privée (L. 28 sept. 1942, art. 1°).

2° La crainte de la concurrence étrangère s'est manifestée depuis longtemps dans les métiers de la mer auxquels on cherche à encourager les Français. L'ancien droit refusait aux étrangers la propriété des navires (V. H. Lévy-Bruhl, R. 1936.1). La pêche dans les eaux françaises, le cabotage entre ports français, le remorquage dans nos ports (L. 1<sup>er</sup> mars 1888, 20 oct. 1919), la récolte même des herbes marines (D. 8 févr. 1868) sont réservés aux Français. Sur les navires français les officiers (et les trois quarts de l'équipage) doivent être français (L. 23 oct. 1940). L'exclusion des étrangers a été étendue au personnel des aéronefs français (L. 25 mars 1936, art. 3) (2), à l'exploitation des transports publics (D. 13 juil. 1935). On perçoit ici l'influence de l'idée voisine que l'exploitation des transports pourvoit à un service public: la tendance au monopole, en excluant la concurrence, doit au moins ne profiter qu'aux Français.

3° La crainte de l'incompétence étrangère peut être alléguée (avec celle de la concurrence...) pour expliquer l'exclusion des étrangers des carrières médicales (ord. 24 sept. 1945, art. 1<sup>er</sup>; cf. cep. ord. 6 août 1945; L. 17 juin 1938 pour la médecine vétérinaire; L. 15 janv. 1943, 30 avril 1946 pour le métier de masseur; v. sur le droit antérieur, Pécout, thèse, Aix 1939), des professions d'architecte (L. 31 déc. 1940, sauf dispenses individuelles), et de géomètre-expert (L. 7 mai 1946), de celle de banquier (Décret du 28 mai 1946, sauf dérogation). On redoute particulière-

(1) Ord. 26 août 1944, art. 3. L'art. 18 subordonne à la réciprocité la parution en France d'une publication étrangère; *adde* pour les agences de presse ord. 2 nov. 1945; pour les messageries L. 2 avril 1947. V. Jeanver, *Etudes de presse* 1946.702

(2) Ajoutons que les navires de mer (L. 11 juin 1945, art. 2) et les bateaux de rivière (L. 19 juil. 1934, sauf exceptions) français doivent appartenir pour moitié à des Français, les aéronefs en totalité (L. 31 mai 1924, art. 5).



ment le manque d'intégrité d'inconnus dans le rôle de démarcheur (D. 8 août 1935), et dans les métiers ambulants qui supposent cinq ans de résidence (L. 16 juil. 1912, D. 30 oct. 1935) (1).

Les étrangers admis à exercer une profession sont bien entendu soumis à toutes les obligations qui s'imposent aux membres de cette profession, notamment à celle de respecter les décisions des organismes professionnels. Leur entrée dans ces organismes doit être subordonnée à la condition que le rôle qu'ils y jouent ne constituent pas l'exercice d'une fonction publique, ou même éventuellement une participation trop directe à un service public. Le droit d'élection dans ces organismes leur sera également refusé dans la mesure où on y verra des services publics.

184. *Activités économiques.* — On sait la résistance qu'a opposée au siècle dernier la jurisprudence à la protection de la propriété incorporelle étrangère en matière de nom commercial (n. 180). La nouveauté de ce concept lui donnait sans doute l'aspect d'une institution artificielle, étrangère au droit naturel, créée en tous cas pour la protection du commerce français. La loi du 26 novembre 1873 a subordonné la protection du *nom commercial* à la réciprocité diplomatique ou législative (art. 9) (2). Un autre vestige de cet ancien état d'esprit subsiste en matière de *dessins et modèles*: la loi du 14 juillet 1909 n'est invoquée par les étrangers que s'ils sont domiciliés en France, sauf réciprocité législative ou diplomatique (3).

A une époque plus récente la loi du 30 juin 1926 sur la *propriété commerciale* a refusé le bénéfice de ses dispositions aux étrangers, sauf exceptions (anciens combattants des armées alliées, enfants français) et sous la réserve de la réciprocité législative (art. 19). Cette loi manifeste en matière économique le souci, qui s'est aussi exprimé dans la législation des loyers civils, de ne pas faire supporter aux propriétaires français des charges supplémentaires au profit de locataires étrangers. On le comprend cependant moins bien qu'en matière de loyers civils car il ne s'agit pas ici de faire œuvre de solidarité en interdisant aux propriétaires, par une législation temporaire et exorbitante du droit commun, d'augmenter les loyers en proportion du coût de la vie; il s'agit de reconnaître, par une loi définitive, la valeur économique créée par le locataire commerçant: elle existe, que le commerçant soit étranger ou Français (v. en ce sens M. Picard, J. 1926:849); l'article 19 de la loi de 1926 s'explique sans doute par la nouveauté de l'institution qui est apparue comme exorbitante du droit commun. Il a d'ailleurs donné lieu à de nombreuses difficultés, les

(1) Certains textes portent des interdictions sous la condition du défaut de réciprocité: ils sont donc inutiles depuis le décret du 17 juin 1933. V. L. 19 avril 1893 (pharmaciens), D. 8 août 1935 (commissaires aux comptes des sociétés), L. 19 mars 1937 (agences de voyages), D. 12 janv. 1939 (affrètement), D. 25 mars 1939 (guide/Interprète de tourisme).

(2) Cf. pour des motifs tout différents la loi du 10 févr. 1942 interdisant aux étrangers en France l'usage d'un pseudonyme. Sur la discussion relative à la propriété littéraire, v. n. 530.

(3) La loi du 23 juin 1857 (art. 5), modifiée le 20 nov. 1873 (art. 9), sur les marques, ne protège que ceux dont l'établissement se trouve en France, mais la règle vaut aussi pour les Français, sauf réciprocité législative ou diplomatique. Les étrangers qui n'ont pas d'établissement en France peuvent au surplus invoquer la convention d'union de 1883 si leur pays y a adhéré.



intéressés ayant invoqué pour l'écarter des lois qui n'ont pas été jugées équivalentes à notre loi du 30 juin 1926 (1), ou des traités dont la portée a soulevé différents problèmes (n. 40 et 187) (2). Bien entendu un traité postérieur à la loi peut en accorder le bénéfice aux étrangers: Colmar 7 nov. 1935, R. 1936.686.

Dans un ordre d'idées comparable, le *statut du fermage* (art. 61 ord. 17 act. 1945, mod. L. 13 avril 1946) refuse le bénéfice de ses dispositions aux étrangers, à moins que leurs enfants aient acquis la nationalité française. Mais cf. *infra*, n. 188 la L. 28 mai 1943. V. Esmein, G. P. 5 mars 1947; Demey, J. des Not. 1947.67; Ourliac et de Juglart, J. C. P. 1947.II.3379; Malézieux, S. 1947.2.9.

Notons enfin que la difficulté des échanges internationaux a même amené le législateur à contrôler les avoirs étrangers en France en subordonnant à une autorisation du ministre des Finances l'acquisition ou la cession de tels avoirs par les « non résidents », c'est-à-dire les étrangers au sens de l'arrêté du 30 avril 1940 (D. 15 janv. 1945). Ces avoirs sont les immeubles et les fonds de commerce sis en France, les valeurs mobilières françaises, les comptes courants et de dépôt ouverts en France. L'ampleur et la nouveauté de ce contrôle laissent penser qu'il ne s'agit là que de mesures de circonstances. Elles consacrent cependant un résultat qui avait été maintes fois réclamé en matière immobilière, l'acquisition d'immeubles en France par les étrangers pouvant présenter des inconvénients politiques, v. Lerebours-Pigeonnière, n. 150 et sur le droit comparé le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger* par S. Basdevant, n. 277. Le décret du 10 octobre 1940 avait déjà interdit, sauf dérogation spéciale, la cession par un Français à un étranger d'un immeuble sis en France. D'une manière générale la liberté de l'activité économique est à respecter dans toute la mesure possible (v. en ce sens le vœu de la Chambre de commerce internationale, J. 1927.1202) (3).

**185. Lois sociales.** — Cette rubrique groupe des lois impliquant une solidarité assez étroite entre ceux qui en bénéficient pour que leur profit soit réservé aux nationaux.

1° Cette solidarité s'est manifestée en matière de *logement*. La loi du 1<sup>er</sup> avril 1926 sur les loyers civils ne bénéficie en principe, dans ses dispositions essentielles, qu'aux Français et aux sujets des pays protégés ou sous mandat. Le droit à la *prorogation* n'est accordé, en l'absence de traités, qu'aux locataires étrangers qui ont combattu, ou dont les enfants ou gendres ont combattu, dans les armées alliées, ou qui ont des enfants

(1) Par exemple parce qu'elles n'étaient pas définitives, mais temporaires: Seine 23 déc. 1927, G. P. 1928.1.221. La réciprocité par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée n'équivaut pas à la réciprocité législative: Lyon 30 oct. 1929, G. P. 1929.2.817. Mais l'exception de la seule réciprocité législative n'empêche pas le jeu d'un traité dérogeant à la loi: Civ. 16 févr. 1937, R. 1937.678; Civ. 1<sup>er</sup> août 1939, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1940.201.

(2) V. le *Rép. de dr. int.*, vis *Bail et Propriété commerciale* par Blas; Rousseray, *Les étrangers et la propriété commerciale*, thèse Paris 1930; Judenstein-Le Bonheur, *La législation française des loyers et les étrangers*, thèse Paris 1931; Pigasse, *Rec. Acad. de législ. de Toulouse*, 1931.9. Cf. *infra* n. 188 la L. 28 mai 1943.

(3) On comprend mieux que la loi du 2 août 1941 ait prévu la possibilité de nommer des administrateurs provisoires aux biens des personnes physiques et morales étrangères dans l'impossibilité d'en assurer la bonne administration.



ayant acquis la nationalité française (art. 4). Le droit de reprise (art. 5) n'est reconnu qu'aux propriétaires français sans même la réserve des traités (1). L'article 4 réserve les traités « existant au jour de la promulgation de la présente loi » : cette formule est à prendre comme énonciative et ne fait pas obstacle aux pouvoirs du gouvernement de conclure de nouveaux traités dérogatoires à la loi ; en fait les traités postérieurs ont été ratifiés avec l'autorisation du Parlement, v. Nihoyet, II, p. 214. Mais la loi n'ayant rien spécifié en ce qui concerne la réduction des loyers excessifs (art. 10, mod. L. 31 déc. 1937), les tribunaux en ont accordé le profit aux locataires étrangers (Com. sup. Cass. 30 juin 1928, G. P. 1928.2.271), de même que celui de la loi du 6 juil. 1925 sur le relèvement des loyers insuffisants dans le cas d'un propriétaire étranger (Paris 10 févr. 1928, J. 1928.961, G. P. 1928.1.535) ; v. aussi pour la révision des baux commerciaux, L. 12 juil. 1933, Paris 26 déc. 1935, G. P. 1936.1.99 ; Seine 18 oct. 1936, Rev. Loyers 1937.125 ; ils ont ainsi manifesté la portée de la législation moderne qui en refusant expressément certains droits aux étrangers exprime implicitement que ceux-ci jouissent de tous les droits qui ne leur sont pas refusés expressément par un texte. Cf. L. 7 mai 1946 prohibant l'expulsion au profit de certains étrangers.

On sait que le jeu des traités en la matière a donné lieu comme pour la propriété commerciale, à de nombreuses difficultés (v. n. 40 et 167). Le législateur n'en a pas moins maintenu sa position dans les décrets du 26 septembre 1939 sur les rapports entre bailleurs et locataires en temps de guerre (art. 25) et du 1<sup>er</sup> juin 1940 sur les rapports en temps de guerre entre bailleurs et preneurs de baux à ferme (art. 28) (2). On se l'explique : cette législation pare aux effets des circonstances sur le coût de la vie et le manque de logement en imposant aux propriétaires des sacrifices dans l'intérêt de la collectivité, notamment en décidant des prorogations de baux qui les empêchent d'augmenter les loyers en proportion du coût de la vie ; il est légitime que ces sacrifices ne leur soient imposés qu'au profit des Français. Mais v. n. 188 la L. 28 mai 1943.

2° Les lois tendant à améliorer le sort matériel de la famille, autrement que par l'assistance, n'ont longtemps profité qu'aux familles françaises. C'est le cas de la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille in-

(1) Com. sup. Cass. 25 oct. 1928, J. 1929.870 ; v. cep. Com. sup. Cass. 2 et 30 mars 1930, D. H. 1930.255 et infra n. 182 la loi du 28 mai 1943.

(2) Bénéficient seuls des droits à réhabilitation de bail et à réduction de loyers les ayants des pays protégés ou sous mandat, les étrangers ayant servi dans les formations militaires alliées, ceux dont les descendants ou le conjoint ont servi dans ces formations, v. Paris 29 oct. 1940, G. P. 6 nov. 1940, concl. Gavalda ; mais v. aussi Seine (Roi.) 5 juil. 1941, G. P. 1941.2.237 ; l'art. 22 sur la suppression du chauffage est applicable aux étrangers. L'apatride est naturellement traité comme étranger ; Paris 18 nov. 1940, G. P. 27 déc. 1940. V. déjà pour les lois antérieures Com. sup. Cass. 2 juin 1921, G. P. 20 sept. 1921. Le droit à réduction a été refusé à la locataire de fait d'un étranger et d'un Français : Soc. 11 mars 1943, G. P. 20 juin 1943 ; à l'occupant de fait d'un étranger et d'un Français : Soc. 11 mars 1943, G. P. 20 juin 1943 ; Com. sup. Cass. 6 avril 1933, J. 1934.893, favorable à la Française copropriétaire avec son mari étranger (L. 1<sup>er</sup> avril 1933). Les mesures nouvelles ont paru ne pas tomber sous le coup des accords diplomatiques précédemment intervenus sur les lois antérieures en matière de loyers, malgré leur généralité : Trib. Lille 16 nov. 1940, G. P. 1<sup>er</sup> févr. 1940 ; Seine 10 janv. 1940, G. P. 21 févr. 1940 ; Paris 29 oct. 1940, G. P. 1<sup>er</sup> févr. 1940 ; Seine 10 janv. 1940, G. P. 21 févr. 1940 ; Paris 29 oct. 1940, G. P. 1<sup>er</sup> févr. 1940. La loi du 28 mai 1943 (infra, n. 182) a brisé cette jurisprudence ; v. Soc. 11 mai 1944, G. P. 1<sup>er</sup> juil. 1944 ; 22 juin 1944, J. C. P. 1944.116. Mais v. cep. Trib. paix Grasse 5 janv. 1945, J. C. P. 1945.2941, note J. Benoist.



saisissable. C'est aussi et surtout le cas, beaucoup plus important pratiquement, des *allocations familiales* que le décret du 29 juillet 1939 (art. 23) réservait aux familles dont les enfants sont Français; la même solution se retrouvait dans la loi du 29 mars 1941 sur l'allocation de salaire unique. Et de fait on constate ici encore que ces lois impliquent une solidarité qui n'existe qu'imparfaitement à l'égard d'étrangers dont la présence en France est précaire et dont l'activité ne bénéficiera pas aussi sûrement à la collectivité que celle des nationaux. De plus l'Etat s'intéresse aux familles françaises et non aux familles étrangères, car c'est sur les premières qu'il compte pour la transmission et l'enrichissement des qualités héréditaires françaises. Néanmoins ces allocations entrent si profondément dans les mœurs qu'on pouvait s'attendre à les voir regardées un jour ou l'autre comme dues à tout homme comme tel, qu'il soit Français ou étranger. C'est la réforme qu'a effectuée la loi du 22 août 1946 sur les prestations familiales: celles-ci sont dues (art. 2) aux étrangers comme aux Français. Mais les motifs de la solution antérieure conservent leur action en ce que les résidents temporaires en restent cependant exclus, et que l'allocation de maternité n'est due que pour la naissance d'enfants français.

3° La même évolution s'est accomplie pour les lois de *sécurité sociale*: les lois sur les *accidents du travail* et les *assurances sociales* s'appliquent aux étrangers comme aux Français; la solution contraire aurait paru négatrice de la personnalité de l'étranger. Néanmoins les facteurs qui s'opposent à l'application aux étrangers des lois de solidarité sociale manifestent encore leur action. D'une part l'étranger victime d'un accident du travail (ou son ayant droit) qui cesse de résider en France reçoit pour toute indemnité trois fois le montant annuel de la rente à laquelle il avait droit (L. 9 avril 1898, art. 3; Ord. 19 oct. 1945, art. 29; L. 30 oct. 1946, art. 59, avec limite à la valeur de la rente pour les ayants droit) (1). Les ayants cause étrangers de la victime qui ne résident pas en France lors de l'accident ne peuvent prétendre à aucune indemnité (2). Ces restrictions ont d'ailleurs été écartées par de nombreux traités, notamment l'Union de Genève du 5 juin 1925; v. Niboyet, II, n. 725 et sur cette Union Req. 27 févr. 1934, R. 1934.714, J. 1934.1170; cf. R. 1938.460.

D'autre part les étrangers ne sont assurés sociaux, même s'ils travail-

(1) V. aussi pour les allocations temporaires l'art. 5, L. 15 juil. 1922. Sur son maintien par les réformes ultérieures, v. Soc. 30 oct. 1941, G. P. 1942.154. Le décret du 17 juin 1938 étend ces allocations aux étrangers ayant quitté le territoire sous condition de réciprocité diplomatique.

(2) La nationalité considérée est celle de la victime du jour de l'accident (Civ. 14 mars 1939, D. H. 1939.273, S. 1939.1264). La résidence retenue est la résidence réelle, non le lieu de travail: l'article 3 s'applique à l'ouvrier domicilié à l'étranger qui venait chaque jour travailler en France: Civ. 7 juil. 1903, D. P. 1903.1.533, S. 1905.1.333. Les tribunaux apprécient naturellement en fait si le départ à l'étranger est momentané ou définitif: Cass. 18 nov. 1908, D. P. 1911.1.118; Grenoble 18 janv. 1932, G. P. 1932.1.498; Besançon 22 avril 1932, G. P. 1932.1.152. Mais peu importe sa cause; l'expulsé invoque l'article 3, Paris 3 janv. 1903, Table G. P. 1902-1907, v. *Responsabilité civile*, n. 2031. Après le versement du triple arrérage, l'action en révision est éteinte: Cass. 18 mars 1912, G. P. 1912.1.593. Et l'article 3 n'autorise pas les étrangers à invoquer le droit commun: Req. 16 nov. 1903, G. P. 1903.2.647, D. P. 1904.1.132, S. 1907.1.27; mais les ayants droit exclus par l'article 3 peuvent agir contre le tiers responsable conformément à l'article 7: Seine 14 mars 1933, *Gaz. Trib.* 11 mai 1933.



lent en France, que s'ils y résident, et perdent le bénéfice de l'assurance vieillesse, sauf une disposition transitoire, s'ils cessent d'y résider (Ord. 19 oct. 1945 art. 5); v. au contraire en faveur du rattachement au lieu du travail sous le régime antérieur Soc. 25 sept. 1941, S. 1942, Table, v° Ass. soc., n. 1. Là encore des traités sont intervenus, v. Niboyet, II, n. 724.

Enfin il faut souligner que la loi du 22 mai 1946 « portant généralisation de la sécurité sociale » a renvoyé (art. 2) à un règlement d'administration publique le statut des étrangers en la matière: signe manifeste d'une hésitation entre l'octroi pur et simple d'un bénéfice dont la nouveauté rend difficile de le croire indispensable, et son refus qui paraîtrait manquer d'humanité. V. pour les mines, L. 27 mars 1946, art. 164.

4° Les comités d'entreprise sont élus par les Français, a décidé l'ord. 22 févr. 1945, art. 7; les délégués du personnel doivent être Français (L. 16 avril 1946, art. 7); ici encore les institutions ont paru trop neuves pour que le droit d'y participer puisse être revendiqué comme inhérent à la personne humaine; et il faut reconnaître qu'une prudence politique élémentaire commandait de ménager à ces réformes des débuts aussi paisibles que possible; l'intervention des étrangers aux votes aurait pu les troubler. Mais leur exclusion est dès à présent choquante dans les entreprises où ils constituent la majorité du personnel, et ici encore l'évolution se dessine: les étrangers sont électeurs aux comités d'entreprise s'ils travaillent en France depuis cinq ans (L. 16 mai 1946, art. 7); les résidents privilégiés sont assimilés aux Français en ce qui concerne les délégués, et partiellement pour les comités d'entreprise (D. 6 juin 1946).

### § 3. — TRAITÉS INTERNATIONAUX.

186. Généralités. — L'article 11 C. civ. dispose que l'étranger jouira en France des droits qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle il appartient. Il importe donc d'examiner selon quelles modalités les traités accordent les droits civils refusés par l'article 11 en leur absence.

Ces traités sont nombreux. On a vu leur apparition dès l'Antiquité (n. 10), on en retrouve au Moyen Age et ils se multiplient depuis le XVI<sup>e</sup> siècle (v. le *Rép. de dr. int.*, v° *Etranger*, par S. Basdevant, n. 21); la matière est de celles où il est le plus facile de conclure des ententes entre Etats. Les plus célèbres sont, en droit comparé, les Capitulations qui réglaient le statut des Européens dans les pays du Proche-Orient et de l'Extrême-Orient; elles ont aujourd'hui à peu près disparu. Les traités qui lient la France se présentent généralement sous le nom de traités de commerce ou d'établissement; ils énumèrent le plus souvent une série de droits généraux comme la libre circulation, le droit de contracter ou d'agir en justice, que chacun des signataires assure aux ressortissants de son cocontractant. Ces énumérations n'ont plus d'intérêt positif direct en France depuis que la jurisprudence reconnaît pratiquement aux étrangers tous les droits qui ne leur sont pas refusés par un texte particulier. Aussi ne rencontre-t-on pour ainsi dire pas de jurisprudence sur ces trai-



tés (v. dans le sens de cette observation Andrée Mathieu, *Les conventions bilatérales franco-espagnoles en matière de condition des étrangers*, 1942, p. 223). On les conserve cependant parce que les États étrangers estiment plus sûr d'énumérer expressément que de s'en remettre à une jurisprudence susceptible de changer et qu'ils connaissent mal. Ces stipulations ont d'autre part l'avantage d'affirmer le caractère obligatoire sur le plan international des solutions admises en droit interne (en ce sens Pillet, *Principes*, p. 168, 191 ; Nolde, *Les traités de commerce*, Cours de l'Acad. de dr. int., 1924.II.361 (1)).

Mais les problèmes surgissent quand un droit refusé par un texte particulier est invoqué par un étranger au nom de dispositions plus générales d'un traité. Celles de ces dispositions générales qui ont donné lieu à une construction jurisprudentielle sont la clause d'assimilation aux nationaux, la clause de réciprocité et la clause de la nation la plus favorisée.

**187. Assimilation aux nationaux.** — De nombreux traités stipulent que chacun des États signataires traitera les ressortissants de son co-contractant comme ses nationaux. On en cite dès le XVIII<sup>e</sup> siècle (Niboyet, II, n. 741, v. à une époque récente par exemple le traité franco-roumain du 29 août 1930). Un pareil traitement n'est naturellement convenu que pour la matière réglée par le traité: le traité franco-belge du 8 juillet 1899, par exemple, réglant de compétence judiciaire et d'effets des jugements, la clause d'assimilation qu'il contient (art. 11<sup>er</sup>) n'a aucun effet en dehors de ces matières. Mais il faut ajouter que quelque générale que soient la clause et l'objet du traité, il ne saurait être question d'assimiler l'étranger au national en *droit public*: ces clauses ne concernent jamais que le droit privé, seul terrain où l'article 11 prévoit des traités dérogatoires. En fait la pratique internationale paraît ignorer l'octroi par traité des droits politiques aux étrangers, et les États tiennent à s'assurer un contrôle permanent de l'entrée des étrangers sur leur territoire (en ce sens Niboyet, II, n. 621, avec l'indication du cas exceptionnel du traité franco-monégasque du 28 juil. 1930). De même la jouissance des droits civils procurés par l'admission à domicile avant 1927 a toujours été exclusive de toute assimilation en droit public de l'étranger au national.

La portée de l'assimilation en droit privé soulève un problème général qui a été particulièrement débattu dans le domaine des loyers: on a contesté que la clause permit aux étrangers d'invoquer des lois qui n'existaient pas à l'époque où le traité avait été signé parce que ses rédacteurs n'avaient pu avoir ces lois en vue (v. les conclusions du proc. gén. Matter sous Civ. 22 déc. 1931, D. P. 1932.I.131, note Trasbot, S. 1932.I.257, note Niboyet, n. VII; Com. Sup. Cass. 23 juin 1928, J. 1929.90):

Il est cependant certain que l'assimilation est convenue non pas seulement sur le terrain de la législation existant à l'époque du traité, mais aussi en ce qui concerne les textes à venir modifiant cette législation.

(1) Mais l'octroi d'un bénéfice, la dispense de caution *judicatum solvi* par exemple, n'autorise pas l'étranger privilégié à opposer à l'étranger ordinaire que lui n'en bénéficiant pas, doit par exemple fournir la caution: l'étranger privilégié n'en est pas, pour autant, devenu Français (en ce sens Niboyet, II, p. 221; v. cep. Paris 25 mars 1937, R. 1937.608), sauf bien entendu clause expresse du traité en sens contraire.



On prétendait au sujet des lois sur les loyers que les traités antérieurs n'avaient pu envisager une législation aussi nouvelle et exorbitante des conceptions reçues. Mais si cette législation se présente comme une dérogation à un système plus général, le droit du contrat de bail en l'espèce, sur lequel l'assimilation est convenue, il semble difficile de ne pas l'admettre (v. en ce sens H. Mazeaud, note au S. 1932.I.249). Aussi bien d'ailleurs, on l'a vu (n. 41), la jurisprudence s'est inclinée ultérieurement devant l'interprétation donnée en ce sens par le gouvernement sous forme de décrets publiant des échanges de lettres avec les représentants des Etats intéressés.

La clause d'assimilation fait disparaître, sur le terrain de la jouissance des droits privés, la distinction de l'étranger et du national. Elle est donc la plus libérale. Mais on craint que les intérêts français ne s'en trouvent compromis, si dans le pays cocontractant l'assimilation des Français au national se trouve moins avantageuse, eu égard à la teneur de la législation locale, moins favorable, par exemple, que la loi française à l'initiative privée, notamment en matière commerciale. D'où la clause de réciprocité.

188. **Clause de réciprocité.** — La clause de réciprocité stipule que les ressortissants de chaque Etat signataire jouiront sur le territoire de l'autre des droits reconnus dans leur pays aux ressortissants de ce second Etat: c'est la formule prévue par l'article 11. Elle est interprétée en ce sens que les ressortissants des cocontractants bénéficieront dans les deux pays des droits qui existent à la fois dans les deux législations: c'est ce que M. Niboyet (II, n. 734) appelle la réciprocité « trait pour trait ». A la vérité il n'est pas toujours facile de déterminer si la réciprocité convenue doit être entendue comme devant se réaliser par l'assimilation pure et simple aux nationaux ou sous le mode « trait pour trait »; mais comme l'observe M. Niboyet (II, p. 737) l'article 11 ayant envisagé ce second mode, les tribunaux ont eu tendance à le voir de préférence dans les formules douteuses: manifestation, sans doute, de l'hostilité au droit conventionnel dérogatoire au droit commun. Il va de soi, cependant, que l'article 11 ne fait aucun obstacle aux pouvoirs du gouvernement de conclure des traités du premier type. V. Civ. 1<sup>er</sup> août 1939, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1940.201. Et il n'est pas certain que l'intérêt français commande toujours la réciprocité trait pour trait: un système trop exclusif peut se retourner contre l'intérêt français en provoquant une interprétation semblable à l'étranger.

La Cour de cassation a déduit du sens ainsi donné à la clause de réciprocité qu'une femme suisse ne pouvait bénéficier d'une hypothèque légale sur les biens de son mari sis en France, nonobstant la clause de réciprocité du traité franco-suisse du 23 février 1882, parce que la loi suisse, à l'époque, ne connaissait dans le canton d'origine de l'intéressée qu'un « assignat » n'existant pas de plein droit, différence certaine avec l'hypothèque légale: Req. 27 janv. 1903, D. P. 1903.I.249, rapport Lemaire, S. 1904.I.81, note Pillet, J. 1903.623.

On a objecté (Lerebours-Pigeonnière, p. 210) que le traité de réciprocité a pour effet, dans l'esprit de l'article 11, d'admettre l'étranger à



la jouissance des droits civils et qu'il n'est donc pas nécessaire de constater l'identité des législations sur le point litigieux. Mais la jurisprudence s'est considérée comme liée par la lettre de l'article 11 qui n'accorde aux étrangers en France que les droits dont les Français bénéficient, en vertu d'un traité, à l'étranger.

Quoi qu'il en soit le point de vue de la Cour de cassation a été maintenu à propos des lois sur les loyers: les étrangers qui invoquaient des clauses de réciprocité ont dû établir que la législation de leur pays connaissait des règles identiques à celles de nos lois sur les loyers: Com. Sup. Cass. 23 juin 1928, J. 1929.90; Civ. 22 déc. 1931, D. P. 1932.1.131, note Trásbot, S. 1932.1.257, concl. Matter, note Niboyet; Civ. 24 févr. 1932, S. 1932.1.249, note H. Mazéaud.

Mais le gouvernement, favorable aux étrangers, adopta l'interprétation contraire dans des formes que la Cour de cassation estima obligatoires pour les tribunaux judiciaires (v. pour le traité franco-suisse de 1882, Civ. 4 févr. 1936, R. 1936.457; pour le traité franco-espagnol de 1862, Civ. 16 févr. 1937, R. 1937.678).

Les tribunaux n'en reprirent pas moins leur position antérieure au sujet des mesures exceptionnelles prises en matière de loyers au début de la guerre de 1939: ils estimèrent que les interprétations gouvernementales publiées par décret ne pouvaient s'appliquer au décret du 26 septembre 1939 (n. 185). Alors intervint la loi du 28 mai 1943 dont l'article 1<sup>er</sup> octroie le bénéfice des lois sur les baux à ferme ou à loyer à tous les étrangers dont le pays offre aux Français les avantages d'une législation analogue, ou qu'un traité dispense de cette réciprocité; mais de plus l'article 2 interprète comme dispensant de la réciprocité législative « les traités diplomatiques qui admettent directement ou indirectement l'assimilation de l'étranger au national dans le domaine, soit des droits civils en général, ou au moins dans celui régi par la loi dont l'application est revendiquée ». Cette loi qui présente l'originalité de donner une interprétation législative d'un ensemble de traités (1), réagit ainsi contre la tendance des tribunaux à interpréter les clauses d'assimilation en clauses de réciprocité. Mais la tendance est si ancrée en jurisprudence que cette réaction ne sera sans doute guère suivie hors du domaine des loyers qu'elle s'est assignée.

**189. Clause de la nation la plus favorisée.** — Par la clause « de la nation la plus favorisée » l'Etat signataire s'engage à accorder aux ressortissants de son cocontractant le traitement le plus favorable qu'il ait accordé à des étrangers d'une autre nation. Cette clause figure dans de nombreux traités de commerce, d'établissement, de douanes. V. p. ex. le traité franco-italien du 3 mai 1930: « le traitement des ressortissants de chaque pays ne pourra dans aucun cas être inférieur à celui qui est reconnu aux ressortissants de tout autre Etat ». Elle répond au désir d'un Etat de favoriser le commerce de ses nationaux dans l'Etat co-

(1) Elle agit à ce titre rétroactivement: Soc. 9 juin et 22 juin 1944, G. P. 1944.2.157, réserve faite de la chose jugée: Seine 10 févr. 1944, G. P. 22 mars 1944. Mais cf. Soc. 1<sup>er</sup> févr. 1946, D. 1946-242.



contractant où l'assimilation est refusée: il s'assure au moins que ses nationaux ne subiront pas dans des conditions inégales la concurrence des autres étrangers. La clause peut aussi se combiner avec la réciprocité trait pour trait: c'est la clause de la nation la plus favorisée *conditionnelle*: l'Etat bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée ne pourra réclamer un droit pour ses ressortissants en vertu de cette clause que s'il l'accorde lui-même aux ressortissants de son cocontractant (v. Niboyet, II, n. 746 bis; et les autres possibilités de combinaison des différentes clauses).

L'application de la clause aux droits civils a soulevé la difficulté de savoir en quel sens elle devait être entendue. Pour la Cour de cassation son application suppose que « la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité particulièrement favorable dont le bénéfice est réclamé » (Civ. 22 déc. 1913, D. P. 1915.1.1, note Basdevant, S. 1914.11.273, note Lyon-Caen). Ainsi sa stipulation dans un tarif douanier autorise ses bénéficiaires à réclamer le tarif douanier le plus favorable consenti par la France aux ressortissants d'un autre pays, mais ne leur permet pas de réclamer le régime le plus favorable accordé par exemple en matière de loyers (v. en ce sens Perroud, J. 1930.554; Paris 28 mai 1924, D. H. 1924.297; Colmar 29 oct. 1925, D. H. 1926.26; Paris 8 juin 1935, *Revue gén. de dr. int. public* 1937, 475. La clause est interprétée de la même manière aux Etats-Unis, v. Ch. Rousseau, *Principes gén. de dr. int. public*, I, p. 466.

Pour écarter en faveur des Anglais cette position pourtant très sûre, le ministre des Affaires étrangères conclut en 1933 avec l'ambassadeur d'Angleterre un accord sous forme d'échange de lettres aux termes duquel le traité franco-britannique du 28 février 1882, contenant la clause litigieuse, était déclaré ne pas concerner seulement les matières commerciales et maritimes mais de manière plus générale l'établissement, donc la matière des loyers. On sait que la Cour de cassation a considéré comme obligatoire l'interprétation des traités donnée par le gouvernement sous la forme d'un décret régulièrement promulgué et publié (n. 41), ce qui advint dans le cas présent par décret du 16 juin 1933.

Mais ultérieurement s'est posée la question de savoir si cette interprétation obligeait les tribunaux à octroyer aux Anglais le régime de la nation la plus favorisée en matière de caution *judicatum solvi*, et certaines juridictions ont répondu par l'affirmative (Colmar 9 nov. 1935, J. 1936.362, G. P. 1935.2.822; Paris 4 mai 1936, G. P. 1936.2.180, concl. Lamothe; Seine 8 mars 1938, R. 1938.465, G. P. 1938.1.17). Mais la Cour de cassation, persistant légitimement dans sa manière de voir, a approuvé le refus aux Anglais de la dispense de caution au motif que le décret du 16 juin 1933 visait seulement l'application du traité de 1882 à la matière des loyers et non à celle de la caution *judicatum solvi* (Req. 10 mars 1941, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1941.138, G. P. 3 mai 1941; v. dans le même sens pour les règles de compétence judiciaire Paris 9 juil. 1947, G. P. 16 août 1947). Ici encore on constate l'hostilité des tribunaux au droit conventionnel dérogoire au droit commun.



## TITRE II

### LE STATUT PERSONNEL

---

377. **Plan.** — Le statut personnel est l'ensemble des matières soumises à la loi qui suit la personne, la loi de sa nationalité dans le système français. Un premier chapitre étudiera la détermination de la loi personnelle et la définition générale de son domaine; les chapitres suivants seront consacrés aux différentes parties de ce domaine: état et capacité des individus, relations de famille.

---



## CHAPITRE PREMIER

### La loi personnelle

378. **Division.** — La détermination puis le domaine général de la loi personnelle feront l'objet des deux sections de ce chapitre.

#### Section I

##### Détermination de la loi personnelle.

379. **Questions à étudier.** — Il y a lieu de rechercher tout d'abord les titres de la loi nationale à gouverner le statut personnel, puis les modalités de sa détermination dans les cas d'absence de nationalité, de pluralité de nationalités et de changement de nationalité.

#### § 1<sup>er</sup>. — COMPÉTENCE DE LA LOI NATIONALE.

380. **Solution positive.** — Aux termes de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». La jurisprudence, on le sait, en a déduit que l'état et la capacité des étrangers sont régis par leur loi nationale. La solution est donnée dès 1814 (Paris 13 juin 1814, S. 1815.2.67) et a été répétée par d'innombrables jugements et arrêts.

Il y a eu plus d'hésitation sur la justification de cette déduction. L'argument le plus naturel est celui de la *réciprocité* : si la loi française veut conserver son empire sur le statut personnel des Français à l'étranger, il est équitable qu'elle abandonne à la loi étrangère celui des étrangers en France. On a objecté à cette attitude qu'elle participait du système de la courtoisie internationale ; nos règles doivent être fondées sur des considérations objectives et non sur le désir de ménager des susceptibilités étrangères. V. cependant en faveur du principe de réciprocité du droit des gens, Maury, *Rép. de dr. int.*, v° *Nationalité*, n. 37.

Des exégètes ont raisonné *a contrario* sur le texte : s'il soumet à la loi française le statut personnel des Français, il lui soustrait celui des étrangers (1). Mais ce raisonnement donne seulement la compétence d'une loi étrangère sans déterminer laquelle.

Il paraît plus sûr de voir dans l'article 3, alinéa 3, l'application aux

(1) On encore : les alinéas 1<sup>er</sup> et 2 appliquent aux étrangers les lois françaises de police et de sûreté et celles qui concernent les immeubles ; *a contrario* le code civil les laisse sous l'empire de leur loi nationale pour leur statut personnel.



Français d'un principe général soumettant le statut personnel à la loi nationale, quelle que soit la nationalité considérée. (En ce sens Niboyet, *Manuel* n. 581). Le législateur de 1804 n'a sans doute pas entendu le consacrer expressément mais il ne l'a pas exclu et sa pensée l'implique (1). La généralité du principe offre d'ailleurs un meilleur support à une obligation éventuelle vis-à-vis des autres Etats qu'une réciprocité de pure courtoisie; fonder la réciprocité sur un sentiment d'équité ramènerait à dégager le principe ci-dessus énoncé, mais n'assurerait le jeu de la règle que vis-à-vis des Etats soumettant aussi à la loi nationale le statut personnel; or il en est qui la soumettent, ainsi qu'on va le voir, à la loi du domicile.

**381. Le problème législatif.** — La soumission du statut personnel à la loi nationale est une innovation du Code civil; l'ancien droit lui appliquait la loi du domicile et cette solution a été conservée dans bon nombre de pays étrangers. A une époque récente, un mouvement s'est dessiné en France en faveur d'un retour à la loi du domicile (2). Le débat reste donc ouvert.

On ne connaît pas positivement les mobiles qui poussèrent les rédacteurs du Code civil à substituer la nationalité au domicile pour la détermination du statut personnel. Certains y ont vu l'effet de l'exaltation par la Révolution du sentiment national, et de la fierté de l'œuvre législative accomplie. Mais devant le silence des travaux préparatoires, on peut rester surpris qu'une réforme aussi importante n'ait provoqué aucun commentaire, et il est permis de penser que les rédacteurs du Code civil n'ont pas cru instaurer un régime tellement nouveau; le domicile déterminait la loi personnelle dans l'ancien droit parce que chaque province ayant sa loi propre, le domicile était le seul élément de rattachement à une loi déterminée — à défaut d'un lien politique comparable à la nationalité pour unir l'individu à la province; du jour où toutes les lois françaises se sont trouvées unifiées il a pu sembler naturel de substituer la loi unique aux lois diverses antérieures; que le sentiment national ait fait paraître la nouveauté heureuse, rien n'est plus sûr; mais que ses auteurs aient eu conscience qu'ils changeaient en même temps le principe de

(1) Raisonner *a contrario* attribue au législateur une volonté au moins implicite. Dégager le principe qu'implique sa volonté est une opération en quelque sorte nécessaire qui ne lui attribue pas une volonté distincte.

(2) V. en faveur de la loi du domicile Lerebours-Pigeonnière, *Précis* n. 236-237.; L. de la Morandière, préface à H. Batiffol, *La Capacité civile des étrangers en France*, 1929; Niboyet, III, n° 923; Cassin, *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1930.IV.659; J. Donnedieu de Vabres, thèse p. 515; et plus anciennement Chausse *Du rôle international du domicile*, J. 97.15. La Société d'Etudes législatives a élaboré en 1930, au rapport de M. Niboyet, un projet sur le statut des Français à l'étranger et des étrangers en France, qui, sans modifier l'art. 3, fait une place à la loi du domicile. V. le *Bulletin* de la Société 1928.319, 1930 76, 96, 137, 175. Ajde le projet du Comité français de droit international privé de 1939, R. 1946.357. Cf. les *Travaux du Comité Français de dr. int. privé* 1934, exposé Louis-Lucas p. 13, rapport Batiffol p. 21. En faveur de la loi nationale Audinet, J. 1934.295; Arminjon, II, p. 20; Savatier, *Cours* n. 263. Le mouvement s'est manifesté dans les pays les plus attachés à la loi nationale; v. pour l'Allemagne, W. Simons, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926.V.483, 525; cf. Z. für ausl. u. int. Privatrecht, 4.390 et 5.633; en Italie, Fedozzi *Riv. it. di dir. int. pr. e processuale*, 1931; et *Trattato*, 1935; cf. Tedeschi, *Il domicilio nel dir. int. pr.*, Gênes, 1934.



détermination du statut personnel, on n'en trouve pas trace (1); seulement cette position implique que la loi du domicile pouvait avoir dans leur esprit une signification assez voisine de celle de la loi nationale et qui va apparaître de la comparaison des deux systèmes.

382. **Titres respectifs de la loi nationale et de la loi du domicile à régir le statut personnel.** — En faveur de la loi nationale se présente au premier plan l'argument de la *stabilité*. Si la loi personnelle est celle qui suit la personne avec continuité, nul doute que la nationalité ne soit un meilleur élément de rattachement que le domicile, parce qu'on change de domicile plus facilement que de nationalité. La facilité des changements de domicile engendre au surplus des *incertitudes* sur sa détermination beaucoup plus fréquentes que celles qui se rencontrent en matière de nationalité, d'autant qu'un élément intentionnel s'y mêle.

Mais l'argument sans doute le plus souvent invoqué, parce qu'il a été à la base de la doctrine de Mancini, est l'*adaptation de la loi nationale au tempérament* de ceux pour qui elle est conçue: la loi italienne est faite pour les Italiens. On sait la portée relative de l'argument (v. ci-dessus n. 232): la loi italienne est conçue pour la mentalité italienne *collective*. L'émigré n'y échappe-t-il pas pour une bonne part? Au surplus, les divergences des systèmes ne tiennent pas qu'à des divergences d'état social, elles relèvent aussi pour une part importante d'accidents historiques ou législatifs, et l'expérience montre que l'émigré s'adapte plus facilement à la législation du pays d'immigration qu'à la mentalité de ce pays, dont les lois ne sont qu'un reflet indirect (2). Néanmoins *la réplique ne vaut plus quand les différences de civilisation s'accroissent*: un Français domicilié en Chine ne peut guère s'adapter à l'ensemble de la législation chinoise; qu'on songe au mariage, par exemple.

La loi du domicile prend positivement l'avantage si on regarde l'*intérêt des individus*: l'émigré a intérêt à être soumis à la loi du lieu où il vit; c'est celle qu'il connaît le plus facilement, à laquelle il s'adapte dans la majorité des cas, qui ne lui constitue pas, comme sa loi nationale, un régime d'exception gênant pour lui comme pour les tiers. Or, souligne M. Lerebours-Pigeonnière, l'intérêt des particuliers doit être la préoccupation première dans la solution des conflits de lois.

L'*intérêt familial* sera aussi mieux sauvegardé pour tous, les foyers dont les membres sont de nationalités différentes: la loi du domicile éliminera le difficile problème du conflit des lois nationales.

(1) V. en ce sens Lainé, R. 1905.55; la substitution de la loi nationale à la loi du domicile parut si naturelle qu'on ne la justifia même pas dans l'exposé des motifs tout en déclarant que le statut personnel ancien se trouvait ainsi maintenu. Cf. infra n. 384. Sur l'histoire du rôle du domicile en la comparaison du droit anglo-saxon, notamment canadien, v. Johnson, *Livre souvenir des journées de droit civil français de Montréal* 1936 p. 103.

(2) M. Lerebours-Pigeonnière accentue la critique en niant que la nationalité emporte des qualités communes comme la race, la religion, la langue; il la réduit à une aspiration politique commune. C'est aller bien loin semble-t-il. Une nationalité représente au moins une *mentalité*, un état économique et social propres, que la législation reflète jusqu'à un certain point. V. en sens inverse sur l'abus de la notion de race chez certains auteurs de l'Allemagne nationale socialiste. Rundstein, *Le critère racial comme règle de rattachement en dr. int. privé*, Nouv. Revue de dr. int. privé, 1939.428.



CONFLITS DE LOIS

Bien plus, l'ensemble de ceux qui traiteront avec l'étranger bénéficiant de l'application de la loi du domicile, c'est le *crédit public* qui s'en trouvera favorisé; on ne sera plus surpris par la découverte d'une incapacité établie par la loi nationale de l'étranger. La justice sera mieux rendue par l'application de la loi du for, qui coïncide généralement avec la loi du domicile (1). Or on sait que les intérêts généraux ne doivent pas être perdus de vue, à côté de ceux des individus.

Ces intérêts généraux sont plus directement encore engagés dans les pays d'immigration, car la politique de ces derniers doit évidemment tendre à l'*assimilation* des immigrés; or, les maintenir sous l'empire de leurs lois nationales va à l'encontre de cette politique. En fait, la plupart des pays d'immigration ont soigneusement conservé la loi du domicile. L'instabilité relative du domicile peut s'atténuer par une définition le séparant nettement de la simple résidence. Pour M. Lerebours-Pigeonnière « il entre beaucoup plus de sentiment que de raison dans la prépondérance donnée par le Code civil à la loi nationale... » (*Précis*, n° 237).

### 383. Relativité des avantages pratiques des deux systèmes. —

On s'explique que les esprits attentifs aux résultats *concrets* penchent pour la loi du domicile: vue sous l'angle des actes de la vie courante, tels qu'ils se présentent le plus souvent, la loi nationale est gênante. Mais si on considère les résultats *d'ensemble*, on constate que les mérites de la loi du domicile ne sont que relatifs. Si l'émigré a *hic et nunc* avantage à l'application de la loi de son domicile, il pourra *au total* pâtir de ce que ses intérêts auront été successivement soumis à des lois différentes et contradictoires. S'il contracte en dehors du pays de son domicile, sa loi personnelle sera une loi étrangère comme la loi nationale; la loi du domicile *diminue* donc les surprises et les difficultés de l'application des lois étrangères, elle ne les supprime pas (2). S'il existe des foyers dont les membres sont de nationalités différentes, il existe aussi des familles de même nationalité dont les membres sont domiciliés dans des pays différents; on le retrouvera en matière de successions. Enfin, la politique d'assimilation ne trouvera dans l'application du statut personnel français qu'un adjuvant des plus limités, en fait inexistant en face de l'école, du mariage et de la vie collective; si le fils du mineur polonais immigré fréquente une école polonaise, épouse une Polonaise et vit dans un « coron » polonais, il ne s'assimilera pas, nonobstant l'application qui lui sera faite de la loi française en matière d'état et de capacité dans les quelques occasions qui se présenteront: mariage, reconnaissance d'enfant, acquisition d'un lopin de terre. A supposer même qu'il ait conscience de cette application, elle sera trop épisodique — malgré son importance réelle — pour exercer *psychologiquement* une in-

(1) Savigny voyait dans cette coïncidence de la compétence législative et de la compétence judiciaire un argument essentiel en faveur de la loi du domicile. Il l'appuyait sur une présomption de volonté.

(2) M. Lerebours-Pigeonnière (n. 237) pense que le domicile est plus notoire que la nationalité. N'est-il pas cependant plus facile de déceler qu'on a affaire à un étranger qu'à un individu, surtout un Français, domicilié à l'étranger?



fluence qui compte. S'il paraît choquant qu'il ne participe pas aux charges communes, notamment au service militaire, il faut le naturaliser d'office nonobstant l'insuffisance de son assimilation, ou l'incorporer dans une formation d'étrangers. Mais si nous n'avons pas jugé à propos de lui conférer notre nationalité, n'est-ce pas précisément parce que nous considérons son établissement en France comme encore précaire (1)? Si d'autre part, nous nous préoccupons, au moins à titre secondaire, d'une convergence possible des systèmes de conflits de lois, il est inopportun de souligner le facteur démographique qui joue en sens inverse pour les pays d'émigration. Et finalement si un pays d'immigration doit pratiquer une politique d'assimilation, il doit aussi ménager la susceptibilité des immigrants éventuels en observant quelque discrétion dans cette voie, au moins quand il éprouve des difficultés à satisfaire ses besoins de main-d'œuvre : *or c'est le cas de la France actuellement.*

La relativité des mérites de la loi du domicile n'empêche pas qu'ils ne restent réels pour le *plerumque fit*, et la supériorité de la loi nationale quant à la certitude, la stabilité ou une différence excessive de civilisations ne paraît pas pouvoir emporter la décision à ce point de vue : les fraudes à la loi par changement de domicile, l'inconvénient de statuts personnels successifs, les établissements « hors chrétienté » sont plus rares que la gêne de l'application de la loi nationale étrangère qui se produit à chaque cas entre pays d'Europe et d'Amérique. *Seulement ces inconvénients sont plus graves et tiennent au nœud même du problème.*

**384. Lien fondamental du statut personnel et de l'allégeance politique.** — Les lois personnelles s'adressent aux personnes comme telles, et non aux personnes vues à travers leurs biens ou leur activité économique ; or les individus que le législateur reconnaît comme personnes au sens plein du mot sont les nationaux ; l'étranger ne jouit pas de tous les droits, il n'est que toléré en quelque sorte, pouvant toujours être expulsé ; il n'est donc une personne juridique qu'en un sens tout précaire et matériel. La seule personne juridique formelle pour le législateur français est le Français ; s'il édicte des lois faites directement pour les personnes, c'est la personne au sens plein du mot qu'il a en vue, c'est-à-dire le Français. Nous retrouverons des manifestations caractéristiques de cet état d'esprit en jurisprudence (2) : la soumission du statut personnel à la loi nationale n'apparaît pas aux juges comme une règle arbitraire et d'origine sentimentale à interpréter restrictivement, ils in-

(1) M. Lerebours-Pigeonnière insiste judicieusement sur le lien entre la législation sur la nationalité et les règles de conflits de lois. Mais si la première favorise la politique d'assimilation, les secondes seront, semble-t-il, mieux dans leur rôle, dont le caractère politique est plus secondaire, en la sanctionnant qu'en la précédant. Un auteur anglais (Forster, *La Théorie anglaise du dr. int. privé*, Cours de l'Acad. de dr. int., 1938.III.399) a penché, fait digne de remarque, en faveur de la loi nationale, pour la raison que si l'immigrant reste attaché à son pays d'origine, la génération qui le suit se fait naturaliser.

(2) V. ci-dessous n. 387. Citons dès maintenant l'arrêt de la Chambre civile du 8 mars 1938, D. P. 1939.1.17 note Nast, R. 1938.653 note H. Batiffol. Cf. les observations de M. Maury (*Rép. de dr. int.*, v° *Nationalité*, n. 17 : « L'étranger... est en un certain sens membre de l'Etat, affilié à l'Etat, sujet de l'Etat. Mais il n'est tout cela qu'à titre exceptionnel, pour des raisons extrinsèques à sa personnalité, sous certaines conditions d'ordre territorial : séjour, domicile, propriété sur le territoire de l'Etat considéré ».



fluence qui compte. S'il paraît choquant qu'il ne participe pas aux charges communes, notamment au service militaire, il faut le naturaliser d'office nonobstant l'insuffisance de son assimilation, ou l'incorporer dans une formation d'étrangers. Mais si nous n'avons pas jugé à propos de lui conférer notre nationalité, n'est-ce pas précisément parce que nous considérons son établissement en France comme encore précaire (1)? Si d'autre part, nous nous préoccupons, au moins à titre secondaire, d'une convergence possible des systèmes de conflits de lois, il est inopportun de souligner le facteur démographique qui joue en sens inverse pour les pays d'émigration. Et finalement si un pays d'immigration doit pratiquer une politique d'assimilation, il doit aussi ménager la susceptibilité des immigrants éventuels en observant quelque discrétion dans cette voie, au moins quand il éprouve des difficultés à satisfaire ses besoins de main-d'œuvre : *or c'est le cas de la France actuellement.*

La relativité des mérites de la loi du domicile n'empêche pas qu'ils ne restent réels pour le *plerumque fit*, et la supériorité de la loi nationale quant à la certitude, la stabilité ou une différence excessive de civilisations ne paraît pas pouvoir emporter la décision à ce point de vue : les fraudes à la loi par changement de domicile, l'inconvénient de statuts personnels successifs, les établissements « hors chrétienté » sont plus rares que la gêne de l'application de la loi nationale étrangère qui se produit à chaque cas entre pays d'Europe et d'Amérique. *Seulement ces inconvénients sont plus graves et tiennent au nœud même du problème.*

**384. Lien fondamental du statut personnel et de l'allégeance politique.** — Les lois personnelles s'adressent aux personnes comme telles, et non aux personnes vues à travers leurs biens ou leur activité économique ; or les individus que le législateur reconnaît comme personnes au sens plein du mot sont les nationaux ; l'étranger ne jouit pas de tous les droits, il n'est que toléré en quelque sorte, pouvant toujours être expulsé ; il n'est donc une personne juridique qu'en un sens tout précaire et matériel. La seule personne juridique formelle pour le législateur français est le Français ; s'il édicte des lois faites directement pour les personnes, c'est la personne au sens plein du mot qu'il a en vue, c'est-à-dire le Français. Nous retrouverons des manifestations caractéristiques de cet état d'esprit en jurisprudence (2) : la soumission du statut personnel à la loi nationale n'apparaît pas aux juges comme une règle arbitraire et d'origine sentimentale à interpréter restrictivement, ils in-

(1) M. Lerebours-Pigeonnière insiste judicieusement sur le lien entre la législation sur la nationalité et les règles de conflits de lois. Mais si la première favorise la politique d'assimilation, les secondes seront, semble-t-il, mieux dans leur rôle, dont le caractère politique est plus secondaire, en la sanctionnant qu'en la précédant. Un auteur anglais (Forster, *La Théorie anglaise du dr. int. privt, Cours de l'Acad. de dr. int.* 1938.III.399) a penché, fait digne de remarque, en faveur de la loi nationale, pour la raison que si l'immigrant reste attaché à son pays d'origine, la génération qui le suit se fait naturaliser.

(2) V. ci-dessous n. 387. Citons dès maintenant l'arrêt de la Chambre civile du 8 mars 1938, D. P. 1939.1.17 note H. Batiffol. Cf. les observations de M. Maury (*Rép. de dr. int.*, v° *Nationalité*, n. 17 : « L'étranger... est en un certain sens membre de l'Etat, affilié à l'Etat, sujet de l'Etat. Mais il n'est tout cela qu'à titre exceptionnel, pour des raisons *extrinsèques à sa personnalité*, sous certaines conditions d'ordre territorial : séjour, domicile, propriété sur le territoire de l'Etat considéré ».



sistent au contraire, même dans des cas où on pourrait en douter, sur ce qu'en matière de statut personnel un Français a toujours le droit de se réclamer de la loi française.

Entre la collectivité des nationaux juridiquement définie et composée de personnes juridiques au plein sens du terme et la collectivité des domiciliés définie par un élément de fait et composée pour partie d'individus simplement tolérés, l'hésitation ne semble pas possible: le législateur disposant au profit d'une collectivité de personnes prises comme telles a en vue *a priori* la collectivité des nationaux qu'il s'est assignée comme raison d'être de son activité. La collectivité comprend toutes les personnes présentes par leurs biens ou leur activité économique, mais quand il s'agit de la personne prise comme telle, la collectivité n'a plus un caractère matériel, c'est la loi qui la définit et il est rationnel, sauf difficultés de fait à examiner, de s'en référer d'abord à la nationalité.

De fait un témoignage historique continu regarde la loi personnelle comme celle de l'Etat qui a *autorité* sur la personne; on le trouve déjà dans la glose d'Accurse ci-dessus p. 240, note 5). Bartole applique la loi personnelle aux « sujets » de la cité, conformément à la maxime « *Statutum non ligat nisi subditos* ». Balde explique la compétence de la loi de domicile par l'idée que le domicilié est *assimilé* au citoyen (*Comm. in Cod. I, § 59*). Dumoulin, d'Argentré, regardent aussi le juge du domicile comme celui à l'autorité duquel l'individu est soumis (1). Pour Jean Voet et Huber ceux qui sont domiciliés sur le territoire doivent être regardés comme les sujets de l'Etat (Lainé, II, p. 108). Selon le tribun Grenier « les citoyens ne peuvent être régis personnellement que par les lois de la société dont ils sont membres » (Loché, I, p. 601 cité par Lainé, R. 1905.56).

Et la tradition favorable au domicile n'a pu méconnaître cet aspect du problème, car *on ne définit pas de la même manière le domicile de l'étranger et celui du national*. Chacun sait que la loi anglaise reconnaît à ses nationaux un « domicile of origin » qui se rapproche singulièrement de la nationalité en ce qu'il se perd moins facilement par l'établissement à l'étranger que par un changement d'établissement en Angleterre (2). La loi française, après avoir connu jusqu'en 1927 la formalité de l'admission des étrangers à domicile, ne les a assimilés aux Français à ce point de vue que bien peu de temps. Le décret du 12 novembre 1938 a réintroduit des distinctions restreignant la possibilité pour un étranger d'acquérir un domicile légal en France et son abrogation par l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne sera peut-être encore qu'un épisode. Il ne semble guère contestable que la loi personnelle soit *a priori* celle du législateur qui a autorité sur l'individu.

On peut ainsi s'expliquer que les rédacteurs du Code civil n'aient

(1) V. H. Batiffol, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, 1929, p. 56 et s. On y verra également comment le droit féodal a lié la notion de domicile et celle de sujétion politique, lien qui s'est maintenu jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle. Cf. sur le rattachement à la nationalité dans Albéric de Rosate, Freyria, thèse, p. 48.

(2) V. Cheshire, 2<sup>e</sup> éd. p. 164 et s.; Wolff, *Private international law*, p. 105 et s.; Cordier, *Le domicile en droit comparé*, J. 1937.969; Bentwich, *Le développement récent du principe du domicile en droit anglais*, Cours de l'Acad. de dr. int. 1934.III.377.



pas autrement justifié la substitution de la loi nationale à celle du domicile : le domicile dans leur esprit tenait lieu de nationalité faute d'unification législative. Cette hypothèse trouve un appui dans la discussion par l'ancien droit du problème du changement de domicile : la doctrine tendit à maintenir « l'état universel » de la personne sous l'empire de la coutume du domicile d'origine ; sans doute cette coutume ne s'en trouve pas assimilée juridiquement à une loi nationale, mais c'était cependant préférer au domicile véritable, *qui ne peut être que le domicile actuel*, un domicile marquant que l'individu est soumis de manière permanente à l'autorité d'une certaine loi : l'élément de sujétion politique prévaut sur la considération des intérêts privés qu'exprime le domicile actuel (1). La diffusion remarquable de la loi nationale au XIX<sup>e</sup> siècle s'explique difficilement par un simple engouement sentimental ; le lien entre le statut personnel et la sujétion politique répond à une réalité (2).

C'est d'ailleurs bien ainsi que l'ont compris Mancini et Pillet. Mais ils ont sans doute desservi l'idée en voulant la relier soit au principe de la souveraineté de l'Etat en droit international public, soit à la notion que le statut personnel est protecteur des individus et que chaque Etat a compétence pour protéger ses nationaux. Si la souveraineté des Etats signifie que chacun d'eux a seule autorité pour commander à ses nationaux, on en conclura que la loi nationale est la seule qui soit applicable quelle que soit la matière ; c'est en effet la position, au moins le point de départ, de Mancini, et on sait qu'elle est impraticable. Quant à la définition du statut personnel comme protecteur de l'individu, on sait aussi qu'elle est trop étroite (ci-dessus n. 234). D'une manière générale, on ne peut fonder le droit international privé sur le seul intérêt politique des Etats.

### 385. Solution proposée. Prépondérance de la loi nationale. Application de la loi du domicile aux étrangers fixés sans esprit de retour. — Le droit international privé est un ensemble de règles

(1) V. H. Batiffol, *loc. cit.*, p. 63 ; cf. Delaume, thèse, p. 206.

(2) Ont adopté législativement la nationalité comme élément de rattachement du statut personnel notamment : l'Italie, l'Espagne, l'Allemagne, la Suisse, la Pologne, le Brésil et le Japon. La jurisprudence l'a consacrée en Roumanie, en Hollande et en Suède. Le domicile subsiste en Angleterre et aux Etats-Unis, en Norvège, au Danemark (et ces deux pays l'ont fait admettre dans l'union scandinave, ci-dessus n. 34), dans le traité de Montevideo (Argentine, Uruguay, Paraguay, Bolivie, Pérou). V. sur tous ces points le *Répertoire de droit international* t. 6 et 7. Sur le partage de l'Amérique latine et les essais de coordination v. Bustamante, *Nationalité et domicile*, R. 1927.375. Le Code Bustamante n'a pu faire l'unité à ce sujet, le facteur de l'immigration s'opposant aux tendances favorables à la loi nationale : le Brésil a abandonné cette dernière pour la loi du domicile en 1942. Plusieurs pays latino-américains appliquent la loi nationale à leurs ressortissants et la loi du domicile aux étrangers fixés sur leur territoire ; cette solution critiquable semble être celle de l'U. R. S. S. V. Rabel, I, p. 117. Aux Etats-Unis, il est couramment enseigné qu'une Union fédérale ne peut s'accommoder que du domicile puisqu'il faut bien rattacher chaque individu à un Etat donné de l'Union. On pourrait cependant concevoir une combinaison de la loi du domicile pour les conflits internes et de la loi nationale pour les conflits internationaux, comme l'a réalisée la Pologne, mais on introduirait une complication fâcheuse. Un auteur américain, Healy, doute même que la France, l'Italie « puissent continuer à maintenir le principe de la nationalité si elles développent de grands empires coloniaux ». (*Cours de l'Acad. de dr. int.* 1925.IV.523). Elles le maintiennent cependant parce que la loi métropolitaine constitue un droit commun, notamment pour les Français qui ont toujours été domiciliés à l'étranger. L'Institut de droit international dans sa session d'Oslo a refusé de se prononcer sur un projet favorable au domicile, v. *l'Annuaire de l'Institut*, t. 37, p. 425-452.



édictees par l'Etat pour régir une certaine catégorie de relations privées, celles qui présentent un caractère international. Comme toutes les règles de droit, y compris celles du droit privé, elles sont conçues en vue du bien commun; si elles n'intéressaient que les particuliers pris comme tels, la société les abandonnerait aux mœurs ou à la morale; il est donc légitime et nécessaire que les intérêts généraux soient la première préoccupation du législateur. Mais il n'en reste pas moins que ces intérêts généraux, en droit privé, sont engagés à propos d'intérêts particuliers, que ces deux catégories d'intérêts, fort heureusement d'ailleurs, convergent fréquemment, au point que l'intérêt général n'est souvent que la somme des intérêts particuliers, mais sans que cette convergence soit toujours réalisée, c'est là tout le problème! Il faut donc après la considération de l'intérêt général représenté ici par l'application des lois personnelles aux nationaux, envisager les intérêts particuliers.

Or ceux-ci sont, dans la vie courante, mieux assurés par la loi du domicile que par la loi nationale, sans toutefois que cette supériorité ait un caractère absolu qui l'impose contre toute objection. La solution souhaitable doit donc essayer de combiner les deux systèmes. Et c'est bien en fait le résultat auquel aboutissent tous les droits positifs. Les pays qui adoptent la loi nationale tempèrent son application à de nombreux points de vue (v. H. Batiffol, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, 1929); ceux qui penchent pour le domicile distinguent entre le domicile des nationaux et celui des étrangers; un juge anglais admettra difficilement qu'un Anglais ait acquis un domicile, quant à son statut personnel, dans un pays d'Extrême-Orient (1).

Il s'agit dès lors de savoir si on prendra le domicile comme principe en le tempérant par une définition telle qu'il assure en fait une certaine permanence de la loi de la nationalité ou au contraire si on partira de la loi nationale tout en réservant un certain domaine à la loi du domicile. La première combinaison a l'avantage de la souplesse; chaque pays peut ne reconnaître à l'étranger un domicile que dans des conditions correspondant à sa situation démographique et économique; mais elle est génératrice de conflits, dans la mesure précisément où les différents pays adopteront des définitions divergentes; bien que cet aspect du problème ne soit pas à nos yeux le premier, il ne saurait être perdu de vue, si on tient, tout en constatant la divergence des situations économiques et sociales de chaque pays, à tendre vers un progrès dans le sens de l'harmonie des solutions.

L'autre combinaison présente l'avantage d'être en accord avec le principe que l'intérêt général est l'élément premier de toute règle juridique. Même si un pareil accord n'est pas générateur d'avantages pratiques immédiats, l'expérience a maintes fois montré la survenance d'inconvénients inattendus à l'adoption d'un point de départ contestable ou

(1) V. Cheshire, *Private international Law*, 2<sup>e</sup> éd., p. 164 et s.; cf. Benétwich, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1934.III.393. On s'en tire en niant que l'Anglais ait eu l'intention de fixer sa résidence en Orient de manière définitive... M. Lerebours-Pigeonnière admet même deux règles différentes suivant les lois en présence. De même M. Cassin demande un domicile « qualifié » (*Cours de l'Acad. de dr. int.* 1930.IV.780); dans le même sens Niboyet, III, p. 218. Cf. le traité irano-américain du 11 juill. 1923 cité par M. Rabel, p. 104 (loi nationale).



mal analysé. Posons donc le principe que le statut personnel est régi par la loi nationale. Si nous cherchons ensuite à tempérer son application il apparaît que ses raisons d'être disparaissent presque complètement pour l'étranger établi sans esprit de retour dans son pays; la loi du domicile réaliserait une stabilité aussi complète au moins pour l'avenir que la loi nationale, elle correspondrait incontestablement à une volonté d'adaptation et c'est pour les étrangers fixés en groupe sans esprit de retour que les inconvénients politiques de l'application de la loi nationale ont quelque réalité (1).

Comme la preuve de l'esprit de retour ou de sa perte s'est révélée difficile en matière de nationalité (v. ci-dessus n. 132) le système ne présenterait la sécurité désirable que par le rétablissement d'une formalité comparable à l'admission à domicile et qu'on pourrait appeler la fixation du domicile; l'étranger doit pouvoir acquérir un domicile en France sans pour cela perdre son statut personnel, car le domicile engendre des droits de moindre importance dont l'expérience a montré sous le régime de l'admission à domicile qu'on ne pouvait les lui refuser: droit de se marier au lieu de ce domicile, par exemple. Mais l'étranger ayant fixé son domicile en France pour des raisons matérielles peut désirer pour des raisons patriotiques conserver sa nationalité, sans que nous jugions à propos, pour des raisons politiques, de lui conférer la nôtre; la permanence de son établissement justifierait cependant l'application de la loi française à son statut personnel. Il dépendrait évidemment de lui de provoquer la formalité, mais les tiers pourraient en faire la condition de leurs tractations avec lui. L'institution de la catégorie des résidents privilégiés par l'ordonnance du 2 novembre 1945 offre une possibilité d'application de ces idées (2).

Les surprises pour les tiers de l'application de la loi nationale étrangère sont pratiquement rares, si on en juge au nombre très limité des décisions jurisprudentielles qui ont eu à statuer sur l'excuse d'ignorance de la loi étrangère (ci-dessous, n. 417). En revanche l'abondance de la jurisprudence anglo-américaine sur la détermination du domicile, bien supérieure à celle de nos décisions sur la détermination de la nationalité, laisse à penser que les incertitudes, donc les surprises, ne sont pas rares en la matière.

## § 2. — DÉTERMINATION DE LA LOI NATIONALE.

**386. Problèmes à résoudre.** — La détermination de la loi nationale fait difficulté: 1° pour les individus sans nationalité; 2° quand une même relation concerne deux personnes de nationalités différentes; 3° en cas de changement de nationalité.

Il y a lieu d'étudier successivement ces trois points.

(1) On pourrait aussi concevoir que la loi nationale fût cantonnée à l'état des personnes, la capacité étant soumise à celle du domicile. V. à ce sujet *infra*, n. 418.  
(2) Cf. l'Union Scandinave du 19 nov. 1934 (R. 1936.843) : la succession est régie par la loi du domicile du défunt s'il était établi depuis cinq ans, sinon par la loi de sa nationalité. Sur l'idée de maintenir l'état des personnes sous l'empire de la loi nationale en soumettant la capacité à la loi du domicile, v. *infra* n. 418, et Cassin, Cours de l'Acad. de dr. int. 1930.IV.783.



**387. 1° Absence de nationalité. Application de la loi du domicile.** — La doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer que le statut personnel des apatrides est celui de leur domicile (1). On pourrait objecter que la seule règle légale étant l'application de la loi nationale, l'impossibilité de déterminer la loi nationale, faute de nationalité, devrait conduire à appliquer directement la loi française en vertu de sa plénitude de compétence. En fait, la loi du domicile sera souvent la loi française, puisque les tribunaux sont généralement saisis à raison du domicile des parties, mais ce ne sera pas toujours le cas.

La rigueur de ce raisonnement est cependant relative étant donné que la soumission générale du statut personnel à la loi nationale n'est pas écrite dans un texte (l'article 3 n'envisage que le statut des Français). Puisque la jurisprudence a dû recourir au raisonnement pour dégager le principe, il lui est également loisible de raisonner pour établir que le domicile est un élément de rattachement subsidiaire : inférieur dans l'ensemble à la nationalité, et exclu implicitement au profit de celle-ci par l'article 3 al. 3, il reprend sa valeur si la nationalité fait défaut. Si l'apatride a réellement un domicile stable hors de France, toutes les raisons d'appliquer une loi unique au statut personnel jouent en faveur de la loi du domicile. La solution a été consacrée par plusieurs législations étrangères (2).

**388. 2° Pluralité de nationalités. Conflit des lois personnelles dans les relations de famille.** — La pluralité de nationalités chez le même individu ne soulève pas de difficulté propre à notre matière parce qu'aux yeux du juge d'un pays donné l'une de ces nationalités prévaut selon les règles qui ont été exposées à propos des conflits de nationalités (ci-dessus n. 77). Par contre, un problème grave peut surgir quand le statut personnel en jeu consiste en une relation comme c'est le cas pour le mariage et la filiation : si deux époux, si un père et un fils sont de nationalités différentes, quelle loi appliquer au lien qui les unit ? Ces problèmes sont devenus plus fréquents depuis que la loi fran-

(1) V. Lerebours-Pigeonnière, n. 238 ; Niboyet, *Manuel* n. 590 ; Arminjon, II, p. 35 et les résolutions de l'Institut de droit international, Session de Bruxelles 1936, *Annuaire* t. 39, 2° vol. p. 289 ; Seine 23 fév. 1883, J. 83.388 ; 22 déc. 1887, G. P. 88.147 ; 14 fév. 1908 ; R. 1910.112 ; Nîmes 10 déc. 1912, S. 1918-19.290 ; Paris 25 nov. 1913, J. 1914.561, R. 1914.130 ; Nancy 10 juin 1914, G. P. 1914-15.226, J. 1915.620, R. 1914.519 ; Seine 8 juin 1926, J. 1927.394 ; Orléans, 29 février 1928, S. 1929.2.33, note E. Audinet ; mais v. cependant Seine 24 mai 1932, S. 1933.2.145 note Niboyet, qui préfère la loi du lieu de naissance de l'apatride, « ce statut ne pouvant manifestement changer au cours de l'existence de l'intéressé d'après les variations de son domicile ». La continuité nécessaire du statut personnel est, bien soulignée, mais on ne connaîtra pas toujours le lieu de naissance. V. sur la question Strackelberg, *Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Heimatlosen*, Z. für ausl. u. Int. Privatrecht 1938.66.

(2) V. le Code civil italien de 1939, art. 19 ; pour la Suisse Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 110. Le Code civil allemand (art. 29, loi d'introduction) soumettait l'apatride de la loi de sa dernière nationalité s'il en avait possédée une. La doctrine allemande a critiqué non sans raison cette disposition (Zitelman, *Int. Privatrecht*, I, p. 177 ; Lewald, R. 1934.659 ; Nussbaum, *loc. cit.*) en observant que la perte de la nationalité sanctionne le plus souvent une rupture de fait bien antérieure entre l'apatride et son pays d'origine. L'article 29 a donné des résultats malencontreux pour les Russes dénationalisés par les Soviëts V. RG. 6 oct. 1927, *Warneyers Rechtsprechung* 1928.25. V. aussi LG. Berlin 25 nov. 1932, *Jur. W.* 1933.2077, R. 1934.659. Il a été modifié par la loi du 12 avril 1938 qui a soumis le statut personnel des apatrides à la loi de leur résidence.



caise, comme beaucoup de lois étrangères, pose en principe que la femme peut conserver sa nationalité en se mariant, et que l'influence du *jus soli* s'est accrue aux dépens du *jus sanguinis*, multipliant les cas où le père et le fils n'ont pas la même nationalité. Mais ils ne concernent cependant pas tout le droit de la famille. Ils supposent qu'il s'agit de constater l'existence d'un lien ou de déterminer ses effets: ces matières ne sauraient en effet être régies simultanément par deux lois contradictoires. Mais la situation est toute différente quand il s'agit de la création par acte volontaire du lien entre deux individus: leurs lois respectives diront simultanément s'ils sont aptes à contracter mariage, à adopter ou être adopté; avant l'institution du lien, en effet, on ne peut consulter que la loi personnelle de chaque partie; et l'aptitude légale de l'une d'elles à contracter mariage, par exemple, n'empêche aucunement de rechercher si l'autre partie y est également apte d'après son propre statut. On ne concevrait pas en droit interne qu'une femme proteste de la validité de son mariage sous prétexte qu'elle avait l'âge légal pour le contracter, alors que son conjoint ne l'avait pas (1).

S'il s'agit au contraire de l'existence d'un lien, non plus créé par l'accord des volontés mais déclaré par la loi, comme la filiation légitime ou naturelle, ou encore des effets d'un lien existant, le problème change. Quatre solutions lui ont été proposées.

*Première solution. Application cumulative des lois en conflit.* — La solution la plus naturelle a paru à beaucoup d'esprits être l'application cumulative des lois en conflits: une demande en divorce ou en déclaration de paternité ne sera accueillie que si elle satisfait à la fois aux deux lois en présence (2).

Mais ce système promet plus qu'il ne tient. Il ne « cumule » aucunement les deux lois en présence puisque par hypothèse elles sont contraires: la loi du mari admet la demande en divorce, celle de la femme la rejette; en prétendant ne l'admettre que dans les cas où les deux lois l'accueillent, le système proposé fait prévaloir en réalité la loi la plus restrictive, or il n'y a aucun motif *a priori* de pencher en ce sens; le prétexte de respecter en même temps les deux lois ne vaut pas puisqu'en réalité on méconnaît la loi qui admet la demande. S'il existe des conflits de lois c'est précisément parce que le cumul n'est pas viable, et qu'il faut choisir. (Dans le sens de ces raisons, *Bartin, Principes*, II, p. 349; *Perroud*, J. 1923.856).

*Deuxième solution. Application distributive des lois en conflits.* — On n'a pas craint de proposer, et la jurisprudence a partiellement ac-

(1) M. Lerebours-Pigeonnière (n. 327) n'admet cette solution que comme un tempérament à la rigueur des principes qui voudraient, selon lui, que chacun des futurs époux fût capable aux yeux des deux lois en présence. Nous voyons mal à quel titre on exigerait d'une étrangère voulant épouser un Français l'aptitude à contracter mariage selon la loi française alors qu'elle ne lui est pas soumise et que notre règle de conflit s'en remet à la loi étrangère (cf. cependant *Arminjon*, II, n. 314).

(2) V. en ce sens E. Audinet, n. 630, et R. 1936.476; Weiss 2<sup>e</sup> éd. t. IV, p. 54; Pillet, *Principes*, p. 323; Rigaud, *La recherche de la paternité*, n. 87; Rouast note au D. P. 1925.1.177; Pouillet, *Manuel de dr. int. pr. belge*, 2<sup>e</sup> éd. n. 392; et pour l'exposé général des systèmes Valladao, *Conflicto das leis nacionaes dos conjugues nas suas relações de ordem pessoal e economica e no desquite*, Sao Paulo, 1936.



cepté l'idée que chacune des parties en cause devrait être respectivement régie par sa propre loi: la Cour de cassation, dans une affaire célèbre (*Ferrari*), a accordé le divorce à une Française mariée à un Italien, pour la seule raison que la demanderesse était soumise à la loi française, qui admet le divorce, alors que la loi italienne l'ignore (1).

Cette solution implique que si le divorce avait été demandé par le mari italien il lui aurait été refusé, par application de la loi italienne gouvernant son statut personnel. Elle entraîne la conséquence que si la femme française est regardée comme divorcée par application de sa loi personnelle, le mari italien doit, même en France, être réputé toujours marié par application de la sienne (2). La jurisprudence française n'a pas eu l'occasion jusqu'à présent de consacrer cette situation paradoxale d'un homme marié sans femme, mais elle répond à une tendance profonde qui ne s'est pas manifestée seulement en notre matière: la tendance à considérer le mariage non comme un lien ayant une existence objective, qui ne peut qu'exister ou ne pas exister simultanément vis-à-vis des deux intéressés, mais comme le concours quasi fortuit de deux qualités individuelles qui s'apprécient séparément chez chaque époux. On en a vu les effets dans la jurisprudence qui accueille simultanément la demande en divorce d'un époux et la demande en séparation de corps de l'autre (Req. 8 déc. 1930, S. 1931.1.70), et considère l'époux séparé comme toujours marié puisqu'on admet sa demande en conversion de la séparation en divorce. Il y a là l'expression d'un individualisme juridique bien caractéristique de l'époque où il s'est affirmé par sa négation de la réalité des liens familiaux.

Le système pêche au fond comme le précédent, en ce qu'il prétend éluder le problème à résoudre. Le précédent prétendait faire abstraction de la contrariété des lois en conflit, cause formelle du problème, celui-ci prétend faire abstraction du lien qui unit les parties en cause, cause matérielle du problème. Force est bien de chercher une solution qui respecte ces deux données.

*Troisième solution. Détermination de la loi du lien.* — Le seul système acceptable semble être de déterminer la loi à laquelle obéit le lien considéré. La Cour de cassation l'a admis en matière de recherche de paternité en décidant que cette action était soumise à la loi de l'enfant,

(1) V. Civ. 6 juil. 1922, *Ferrari*, D. P. 1922.1.137, S. 1923.1.5, note Lyon Caen, R. 1922-23.444. Cet arrêt n'accorde pas directement le divorce, il refuse au contraire la conversion en divorce d'une séparation de corps intervenue à l'amiable en Italie. Mais il pose par là même le principe que la femme française peut invoquer la loi française contre son mari italien et c'est ce qui lui donne son importance de principe. De fait, le divorce a été obtenu ensuite par Mme Ferrari (Civ. 14 mars 1928, R. 1928.651, G. P. 1928.1.743).

(2) V. en sens opposé, contrairement à son opinion antérieure Lerebours-Pigeonnière, 4<sup>e</sup> éd. n. 338. L'arrêt Ferrari accueille la demande de la femme, mais ne se prononce pas sur la situation du mari. M. Niboyet a déclaré (*Bulletin de la Sté d'Etudes législatives* 1930, p. 104) avoir entendu le Conseiller Colin, rapporteur de l'arrêt, exprimer l'opinion que Ferrari devait être regardé en France comme divorcé. L'auteur du présent ouvrage se rappelle avec précision que l'éminent magistrat interrogé sur ce point en 1929 à la commission de la Société d'Etudes Législatives pour le statut des étrangers en France, avait répondu à cette époque qu'il n'en savait rien. Le Tribunal de la Seine a jugé nul le remariage d'un Italien dans la situation de Ferrari : Seine 2 juin 1942, *Nouv. Revue de dr. int.* pr. 1943.394.



considérant que l'enfant est le principal intéressé au lien (Civ. 20 janv. 1925, D. P. 1925.1.177 note Rouast, S. 1925.1.49, note Pillet, J. 1925.709, R. 1925.531). On peut contester, nous y reviendrons, le choix de la loi de l'enfant, et estimer que la loi du parent recherché aurait été préférable, mais l'important ici est la méthode, et on ne peut que l'approuver.

Il aurait été souhaitable de la voir mise en œuvre également pour le mariage. La solution la plus simple serait sans doute de soumettre l'ensemble des relations familiales à la loi du chef de famille, mais le résultat serait fâcheux dans l'état démographique actuel de la France où les ménages mixtes fixés dans notre pays sont le plus souvent composés d'un mari étranger et d'une femme française, les enfants étant eux-mêmes français.

Seulement la seule conséquence légitime de cette difficulté devrait être la recherche à ce point de vue, d'une nationalité caractérisant la famille, qui serait normalement, mais non nécessairement, déterminée par la nationalité du chef de famille. C'est sous ce jour que pourrait intervenir dans ce cas la loi du domicile, prônée à ce point de vue par des auteurs importants (v. Lerebours-Pigeonnière, n. 239). Cette notion existe implicitement, on l'a montré, dans notre droit de la nationalité, il y aurait lieu d'en tirer les conséquences convenables en matière de conflits de lois. On constate une fois de plus le lien intime de ces problèmes avec ceux de la nationalité.

Quoi qu'il en soit, le droit positif n'adoptant pas la même position suivant qu'il s'agit de divorce ou de recherche de paternité, il y aura lieu d'examiner la valeur de ces positions à propos de chacune des institutions envisagées. Cette méthode permettra d'ailleurs de rechercher à propos de chaque lien la loi qui lui convient, et d'examiner dans quelle mesure il pourrait obéir à une loi de la nationalité de caractère familial.

#### *Solution subsidiaire. — Prépondérance éventuelle de la loi française.*

— Une tendance marquée existe en doctrine et surtout en jurisprudence à faire prévaloir la loi française dès qu'une des parties en cause est française (1). L'arrêt *Ferrari* porte l'influence certaine de cette idée, c'est le moins qu'on puisse dire. En matière de filiation, la Cour de cassation après avoir soumis, comme on l'a vu, la recherche de paternité à la loi de l'enfant parce que celui-ci est le principal intéressé, n'en a pas moins décidé qu'une Française peut toujours reconnaître un enfant naturel conformément à la loi française quel que soit le statut personnel de cet enfant. (Civ. 8 mars 1938, D. P. 1939.1.17, note Nast, R. 1938.653) (2).

La solution est subsidiaire en ce qu'elle suppose tout d'abord qu'une des parties en cause est française; elle n'a donc pas une valeur géné-

(1) On verra plus loin que la loi française tranche tout conflit de lois dont la solution entraîne l'attribution ou la négation de la nationalité française, comme c'est fréquemment le cas en matière de filiation. Il s'agit là pratiquement d'un développement de la solution énoncée au texte, mais qui répondant à des idées toutes différentes, sera examinée plus loin (v. ci-dessous n. 391). On laisse également de côté la solution ingénieuse, mais toute exceptionnelle de l'application de la loi de l'époux qui a une nationalité quand l'autre n'en a pas. V. Seine 21 mai 1897, N. F. 98.5.48, *Gaz. Trib.* 23 juin 1897. En un sens il n'y a pas conflit.

(2) V. aussi la même influence dans Civ. 13 janv. 1873, S. 73.1.13; 14 mars 1877, S. 78.1.25.



rale. Mais la tendance qu'elle exprime est aussi que le Français a droit à l'application de la loi française, *s'il l'invoque*; ce n'est pas toujours son intérêt, notamment quand il est défendeur à une recherche de paternité intentée par un enfant dont la loi personnelle est plus restrictive que la loi française quant à la recevabilité de l'action. Aussi bien a-t-on régulièrement appliqué en pareille hypothèse la loi étrangère. Dès lors la solution paraît entachée de partialité: si la loi française est favorable au Français, celui-ci peut toujours l'invoquer; mais si elle est défavorable, l'adversaire étranger ne peut l'invoquer contre lui! De là à dire que le Français devra toujours avoir raison... Il faut naturellement ajouter qu'un système semblable n'a aucune chance d'être accepté à l'étranger si l'exequatur d'un jugement français qui le consacre vient à y être demandé. Bien que cette considération ne soit pas le principe déterminant des solutions à adopter, on sait qu'elle ne peut être complètement perdue de vue.

Le système exprime en tous cas le lien étroit qui existe dans l'esprit des juges entre la nationalité et la loi personnelle: dire qu'un Français a toujours droit à l'application de la loi française pour son statut personnel, c'est dire que la loi française sur l'état et la capacité est essentiellement faite pour les Français. Mais, si le point de départ paraît juste (v. ci-dessus n. 384) la conclusion semble erronée, parce qu'il ne s'agit pas ici du statut d'un Français, mais du statut d'une famille, ou au moins d'un lien entre deux personnes, et le vrai problème est d'attribuer une nationalité à cette famille ou même à ce lien. Les avantages attribués en cas de ménage mixte à l'application de la loi française dès qu'un des époux est Français disparaissent devant cette véritable position du problème (1).

Les *conflits coloniaux* se sont prêtés à une solution originale, la prépondérance de la loi européenne, considérée comme d'un degré de civilisation supérieur à celui de la loi indigène (Alger 1<sup>er</sup> février 1933, R. 1934.433, note Chauveau. V. cependant quelques réserves à l'encontre de cette idée ou de ses conséquences dans Meylan, *Les mariages mixtes au Maroc*, R. 1935.35); sans doute cette loi européenne sera le plus souvent la loi française dont on a vu la prépondérance de principe dans les conflits coloniaux (Civ. 3 mars 1937, R. 1938-87, ci-dessus, n. 261), mais la raison de cette solution conduit à la maintenir quand la loi en conflit avec la loi indigène est une loi européenne étrangère. (V. Alger 12 déc. 1932, J. 1936.158 et nos observations R. 1937.420). La notion de supériorité de civilisation, propre au conflit colonial, ne saurait être envisagée ici.

**389. 3° Changements de nationalité. Application du régime des conflits dans le temps.** — Le statut personnel étant par définition

(1) M. Lerebours-Pigeonnière lui-même (*Précis* n. 239) paraît hésiter devant cette considération. Après avoir affirmé que «le Français a droit à l'état, aux relations de famille conformes à la loi nationale», et approuvé la jurisprudence, il reconnaît que «la seule objection pressante est tirée de la nature bilatérale des rapports de famille; on ne peut organiser l'état et les rapports de famille d'une personne sans créer des liens ou sans dénouer les liens qui affectent une autre personne».



l'ensemble des lois qui s'appliquent à un individu avec continuité, est exposé aux conflits dans le temps : dans quelle mesure le changement de nationalité soumet-il à la nouvelle loi personnelle les conséquences juridiques des situations nées sous l'empire de l'ancienne loi ? Comme il a été dit dans l'étude générale des conflits dans le temps (ci-dessus n. 321) le problème est le même que celui des effets d'une modification de la loi interne. Les applications de cette identité en jurisprudence seront examinées à propos des différentes institutions qu'elles concernent.

## Section II

### Domaine de la loi personnelle.

390. **Généralités.** — Le domaine des différentes lois entre lesquelles le droit international privé répartit les institutions civiles et commerciales constitue le problème pratique essentiel de notre discipline. Il est plus facile de définir le statut personnel comme l'ensemble des institutions obéissant à la loi nationale, que de déterminer avec précision sur tous les points quelles sont ces institutions, autrement dit, en langage de logicien, la *compréhension* du concept est plus facilement déterminée que son *extension*.

Aux termes de l'article 3 alinéa 3 du Code civil « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ». Cette formule est traditionnellement généralisée pour définir l'extension du statut personnel, qu'il s'agisse de Français ou d'étrangers. Mais il importe de fixer sa portée.

391. **Etat des personnes. Nationalité.** — La formule « état des personnes » évoque d'abord les règles concernant l'identification des personnes, autrement dit leur *état civil* : nom, domicile, nationalité, actes de l'état-civil. Mais ces institutions ont aussi un rôle de police qui ne permet pas de les abandonner intégralement à la loi personnelle de celui qui s'en prévaut. Ces premiers éléments appelleront donc déjà des distinctions (1).

Il faut d'ailleurs observer que la nationalité n'entre pas, par elle-même, dans l'objet du conflit des lois : il n'y a pas à chercher quelle loi détermine la nationalité des personnes, car chaque loi fixe elle-même quels sont ses nationaux. On en a vu les conséquences aux conflits de nationalités, et notamment la différence de nature entre cette notion et celle de conflits de lois (p. 271, note 1).

Mais la circonstance que la loi française détermine seule, et d'eux-seulement, qui est Français, a eu un contre-coup remarquable sur la solution des conflits de lois : si l'attribution de la nationalité française

(1) L'existence même de la personnalité entre *a fortiori* dans le statut personnel, mais l'identité foncière des législations modernes en la matière ne permet guère d'entrevoir des conflits. V. cependant pour l'exclusion de la *mort civile* au nom de l'ordre public, Paris 9 janv. 1939, R. 1939.300. On en jugerait autant sans doute de l'esclavage et cf. *infra* n. 416.



dépend d'une question d'état des personnes, notamment de filiation, cette question sera réglée conformément à la loi française; la jurisprudence, approuvée par plusieurs auteurs (1), a ainsi jugé à plusieurs reprises de la preuve de la filiation selon les modes de la loi française parce qu'on voulait en déduire l'attribution de la nationalité française: Civ. 30 nov. 1920, S. 1921.1.241, note Morel; Civ. 25 févr. 1930, D. P. 1930.1.103, note Savatier, S. 1930.1.321, note Audinet; Civ. 21 juin 1933, R. 1934.406, note Niboyet J. 1934.867; pour la perte de la nationalité française v. Paris 2 juil. 1926, D. H. 1926.441.

La solution a été consacrée par l'article 27 du Code de la nationalité aux termes duquel « la filiation ne produit effet en matière d'attribution de la nationalité que si elle est établie dans les conditions déterminées par la loi civile française ». Elle paraît justifiée sans conteste dans la mesure où, comme dans les trois espèces envisagées par les arrêts précités, il y a incertitude sur la nationalité: la question de filiation ne peut être soumise à une loi étrangère si on ignore la nationalité de l'intéressé; mais comme cette nationalité dépend précisément de la filiation, le seul moyen de sortir de ce cercle vicieux est d'appliquer la loi française (2). Mais il ne semble pas douteux que l'aptitude d'une étrangère à contracter un mariage qui la rendra Française est régie par la loi étrangère; si la loi française sur la nationalité contient des règles de capacité pour acquérir la qualité de Français, les matières qu'elle ne régit pas restent soumises à la loi compétente d'après les règles de conflits de lois. (V. également contre une extension indue de la solution jurisprudentielle, Maury, *Rép. de dr. int.*, v° *Nationalité* n. 226) (3). L'article 27 C. Nat. paraît bien ne s'appliquer, par sa rédaction comme par sa place, qu'à l'attribution de la nationalité française d'origine. (En ce sens Boulbès S. 1946.5.201, d'où le rappel de la règle dans l'article 84 au sujet de l'effet collectif de la naturalisation).

**392. Relations de famille.** — L'état des personnes s'entend ensuite des *relations de famille*. L'ancien droit ne l'a guère exprimé parce que le mariage et la filiation étaient régis en grande partie par le droit canonique et nos anciens auteurs citent surtout la capacité comme objet principal du statut personnel (V. H. Batiffol, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, 1929, p. 15 et s.; cf. Cass. Réunies 27 févr. 1817 cité *infra*). Mais la jurisprudence n'y a eu aucune hésitation au XIX<sup>e</sup> siècle (4): s'agissant d'une matière extrapatrimoniale,

(1) Lerebours-Pigeonnière, n. 55; Niboyet, *Manuel* n. 643 bis; Aubry et Rau, 5<sup>e</sup> édit., I, p. 389; Gaudemet, *Revue trim. de dr. civil*, 1921.218; Weiss, I, n. 304; Rigaud, *Cours*, p. 97; contra Valéry, *La nationalité française*, n. 45; E. Audinet, S. 1928.2.153.

(2) Il ne semble pas par suite qu'il y ait lieu de distinguer entre la filiation en vue de la nationalité et la filiation en elle-même: la solution étant nécessaire déterminera la filiation à tous égards (v. cependant pour la distinction, Niboyet, R. 1934.806).

(3) Nous croyons donc que la preuve, selon la loi étrangère, de la filiation d'un enfant déclaré en France être né de parents inconnus suffira à lui faire perdre sa nationalité française provisoire (v. cep. Maury, *loc. cit.* n. 222).

(4) La Cour de cassation a énoncé en une formule générale « que les étrangers résidant en France restent soumis à leur loi nationale pour l'exercice de leurs *droits de famille* ». (Civ. 17 janv. 1899, D. P. 99.1.329, note Bardin, J. 99.546) cf. l'art. 9 C. civ. espagnol mentionnant les « droits et devoirs de famille » avant même l'état et la capacité des personnes comme objet du statut personnel.



la loi vise bien la personne comme telle. Il est cependant permis de penser que la tardivité de ce développement explique en partie la répugnance de la jurisprudence française à annexer au statut personnel le droit des régimes matrimoniaux et des successions: la tradition ne les avait pas soumis à la loi personnelle parce que celle-ci était une loi essentiellement individuelle, et non familiale (1), alors que ces matières patrimoniales ne peuvent se rattacher au statut personnel que sous l'angle des intérêts familiaux qu'elles mettent en jeu.

L'application de la loi personnelle aux relations de famille pose au surplus, comme on l'a vu (n. 388) le problème de savoir s'il n'y aurait pas lieu, le cas échéant, de déterminer une loi du lien, conjugal ou de filiation.

**393. Capacité des personnes.** — La *capacité* des personnes englobe les règles sur les incapacités générales et la protection des incapables: le statut est personnel disent les Chambres réunies de la Cour de cassation en 1817 lorsqu'il « règle directement et indéfiniment la *capacité ou incapacité générale* et absolue des personnes pour contracter » (27 fév. 1817, S. Chr.). Bien que cette notion soulève des problèmes propres par ses relations avec les actes patrimoniaux, elle sera étudiée avec l'état individuel de la personne, le droit de la famille provoquant des difficultés plus particulières, en raison des liens qu'il met en jeu.

**394. Personnes morales.** — Les personnes morales reconnues comme telles en droit positif bénéficient d'une loi personnelle. Les associations, les sociétés, étant douées de la personnalité ont, par là même comme on l'a vu (ci-dessus n. 1192) une nationalité; il est donc inévitable que les lois françaises concernant ces personnes morales *quant à leur existence* s'appliquent à toutes celles qui sont de nationalité française; les lois concernant leur *activité* s'appliqueront au contraire à toute société agissant en France, qu'elle soit française ou étrangère. On retrouve la même distinction que pour les personnes physiques entre les lois concernant la personne comme telle et les lois la visant à travers ses biens ou ses actes. Si l'esprit des deux organisations est profondément différent, le parallélisme de la distinction n'en est que plus frappant et accuse à la fois le bien fondé de l'extension aux groupements de la notion de personnalité juridique, et la solidité de la justification du statut personnel par la considération qu'il existe des lois visant la personne comme telle (2).

En fait le jeu de la loi nationale pour les personnes étrangères est trop intimement lié à celui de leur reconnaissance en France pour qu'il

(1) On doit ajouter que pour les successions immobilières la loi réelle jouait le rôle d'une véritable loi familiale (v. H. Batiffol *op. cit.* p. 18).

(2) On a cependant contesté l'extension aux personnes morales de la notion du statut personnel; v. Pillet, II, n. 748 et *Les Personnes morales en droit international privé*, n. 73 bis; Niboyet, note au S. 1925.1.82, R. 1927.526; Arminjon, II n. 177. Mais en sa faveur, Rigaud, *Rép. de dr. int.*, v° *Personnes morales*, n. 127; L. Mazeaud, *Rev. crit. de lég. et de jurisprudence*, 1926.430. La Cour de cassation a admis l'extension en énonçant (Civ. 4 juil. 1923, S. 1925.1.81): « que le statut personnel comprend les dispositions de la loi qui ont pour objet de régler la capacité des personnes, soit physiques soit morales ».



soit opportun de les séparer. Aussi a-t-il été traité à propos de la condition en France des personnes morales étrangères, et les chapitres suivants concerneront exclusivement d'une part l'état et la capacité des individus, d'autre part le droit de la famille.

395. **Observation générale.** — La conception du statut personnel qui a été développée en conformité, semble-t-il, avec la jurisprudence, limite son domaine aux matières ci-dessus énumérées qui constituent des ensembles. Les auteurs qui adoptent comme fondement du statut personnel la notion de protection du consentement, sont amenés à faire intervenir la loi personnelle dans les matières les plus diverses, soumises par ailleurs à d'autres lois : vices du consentement, pactes sur succession future, contrat de jeu, irrévocabilité des donations, clause compromissoire... Cet « échantillonnage », comme on l'a justement dénommé, paraît contraire à l'esprit qui doit présider à la solution des conflits de lois : quand une situation intéresse plusieurs pays mais présente une unité, il s'agit de choisir la loi applicable, et non de procéder à un dépeçage au profit des diverses lois en présence.

396. **Conflits coloniaux.** — Les conflits coloniaux donnent lieu, on l'a vu (ci-dessus n. 261) au développement d'une notion propre du statut personnel, plus large que celle des conflits internationaux, débordant sur le droit des contrats, de la propriété et des successions. Cette divergence tient au caractère propre des conflits coloniaux qu'il n'y a pas lieu de développer ici. Mais il convient de porter attention aux sens différents de l'expression « statut personnel » suivant la catégorie de conflits que l'on envisage.

---



## CHAPITRE II

### Etat et capacité des personnes

397. **Division.** — Les matières qui font l'objet de ce chapitre, tout en constituant une unité, celle du droit des personnes individuelles, par opposition aux relations de famille, se distribuent en deux groupes nettement distincts, celui de l'état et celui de la capacité. Le second intéresse les actes patrimoniaux comme les actes extrapatrimoniaux, aussi l'application de la loi personnelle y rencontre-t-elle des difficultés générales qui ne se retrouvent pas pour l'état des individus.

#### Section I

#### Etat des personnes.

398. **Etendue du sujet.** — On examinera successivement les trois institutions qui concourent à l'identification d'un individu; le nom, le domicile, la preuve de l'état-civil. On sait que la nationalité, tout en constituant un élément de l'état des personnes, ne donne pas lieu au jeu des conflits de lois en ce sens que la loi française détermine seule qui est Français (v. ci-dessus n. 391).

#### § 1<sup>er</sup>. — LE NOM.

399. **Application de la loi personnelle.** — Le nom ayant été analysé par des auteurs importants en une institution de police civile, il est remarquable que la jurisprudence n'ait pas incliné vers l'application aux étrangers de la loi française prise comme loi de police et de sûreté. Mais le rôle du nom étant d'identifier l'individu, il est évident que son premier caractère doit être la stabilité; la loi personnelle lui convient donc par définition: on vérifie à cette première application que la continuité d'application est sa propriété essentielle.

La jurisprudence a appliqué la loi personnelle à la *détermination du nom*, notamment après séparation de corps ou divorce (1) ou adoption (2), ce qui souligne le lien entre cette institution et le droit de la famille, au

(1) Paris 13 juin 1923, R. 1924.394, *Gaz. Trib.* 7 nov. 1923; Paris 15 déc. 1936, D. H. 1937.72, R. 1937.690; dans le même sens Trib. Bruxelles, référés, 27 déc. 1907, R. 1910.496. V. aussi par le renvoi Paris 15 juin 1904, *Gaz. Trib.* 1904.2.230. La jurisprudence allemande applique également au nom la loi personnelle; v. RG. 11 avril 1892, E. 29.127; 12 déc. 1918, E. 95.268. V. pour l'application de la loi personnelle au prénom comme au nom, la circulaire ministérielle du 28 oct. 1943, J. C. P. 1944.8076.

(2) Trib. Avesnes 24 juin 1943, S. 1944.2.23.



changement de nom (1). Le droit au nom doit être soumis à la même loi, d'autant que les considérations de police civile passent ici à l'arrière-plan (2).

400. **Nom commercial.** — Le nom commercial a donné lieu à des débats célèbres sur le point de savoir si l'étranger avait en France la jouissance du droit à sa protection (v. ci-dessus n. 180). En matière de conflits de lois, la question ne paraît pas s'être posée, au moins en France. La raison en est peut-être que le nom commercial étant un élément du fonds de commerce doit suivre la loi applicable à ce bien, savoir celle de sa situation, abstraction faite de la nationalité du commerçant, et la solution aura paru trop naturelle pour être contestée. La différence de régime du nom patronymique et du nom commercial en droit international privé accuse leur différence de nature en droit interne.

Si le nom commercial est en même temps la dénomination d'une personne morale étrangère, il y aura un départ, assurément délicat, à instituer : la dénomination est déterminée selon la loi nationale de la société, mais si elle est invoquée à titre d'élément de crédit pour les établissements de l'affaire fonctionnant en France, la loi française est compétente ; v. pour l'application de la loi française comme loi de police et de sûreté à ce second titre Req. 29 déc. 1905, D. P. 1906.1.252, J. 1906.449.

401. **Accessoires du nom. Titres nobiliaires.** — De même que le nom commercial tient moins à l'existence de la personnalité civile qu'à son activité, de même le *surnom*, et le *pseudonyme* résultent de l'activité dans un certain milieu. Mais le droit qu'ils confèrent est plus un droit de la personnalité qu'une valeur commerciale ; on n'en doute pas pour le surnom ; on peut l'admettre aussi pour le pseudonyme à cause de sa raison d'être littéraire. Aussi la loi personnelle semble-t-elle devoir conserver sa compétence.

Les *titres de noblesse* s'acquérant par concession de l'autorité pu-

(1) Rennes 4 juill. 1878, J. 79.177 ; Seine 27 janv. 1885, J. 85.443 ; Lyon 29 juill. 1898, J. 99.569 : la validité d'un changement de nom s'apprécie d'après la loi à laquelle était soumis l'intéressé à l'époque du changement. V. cep. Dijon 10 févr. 1882, S. 83.2.42. Il faut distinguer d'ailleurs la compétence judiciaire de la compétence législative : il n'y a qu'avantage à reconnaître la compétence du Conseil d'Etat pour autoriser un étranger domicilié en France à changer de nom, mais les règles de fond de sa loi nationale devront être respectées. La jurisprudence française admet l'autorité en France sans exequatur des jugements étrangers statuant sur le nom. Voir ci-dessous n. 771.

(2) En ce sens E.-H. Perreau, J. 1910.1027 : certains pays comme l'Angleterre, par exemple, ne reconnaissent pas le droit au nom. Un Anglais sera donc irrecevable à poursuivre en France l'usurpation de son nom. Il en irait autrement si le nom, au lieu de conférer un droit propre, élément du statut personnel, n'était qu'une institution de police civile dont le respect serait sanctionné par le seul art. 1382 ; la loi applicable aux délits est en effet celle du lieu où ils ont été commis. La jurisprudence allemande admet la protection selon la loi nationale, mais dans la limite fixée par la loi allemande, v. RG. 12 mai 1931, Jur. W. 1932.595. En Italie, le droit au nom et aux titres est également considéré comme droit de la personnalité relicté par Fedozzi, *Il dir. int. priv.* p. 362. Par contre les pays anglo-saxons ne voyant dans le nom qu'un simple usage, ne l'incorporent pas au statut personnel, v. Beale, *Conflict of laws* II, § 120.3 ; Wolff, *Private international law*, p. 295.



blique, la loi de l'Etat qui les concède a seule compétence, législative comme juridictionnelle, pour déterminer leur existence et leur régime (dans le sens de ce principe v. Civ. 15 juin 1863, D. P. 63.1.311, S. 61.1.281; Req. 26 oct. 1897, S. 1900.1.356; Trib. Angers 26 févr. 1904, J. 1906.190). Mais comme il s'agit en même temps d'un accessoire du nom, il est nécessaire de chercher si la loi personnelle de l'intéressé autorise ses nationaux à accepter des titres étrangers.

Le gouvernement français ayant accordé par décret des autorisations de porter en France des titres étrangers, il en a été conclu que ce port était illégal à défaut d'autorisation (Riom 12 juil. 1905, J. 1906.187). On l'aurait mieux compris à une époque où l'Etat attachait une importance fondamentale à la qualité et à la hiérarchie des titres. Aujourd'hui où la loi se borne à prohiber les usurpations, on devrait, semble-t-il, s'en tenir au principe qu'un droit régulièrement acquis à l'étranger peut toujours être invoqué en France, même comme accessoire honorifique de nom (v. cependant Trib. Angers 26 fév. 1904 précité) sous la seule réserve de l'ordre public. (V. E.-H. Perreau, *Du droit des étrangers en France sur leur nom et leur titre nobiliaire*, J. 1910.1025.1030).

## § 2. — LE DOMICILE ET L'ABSENCE.

402. **Généralités.** — Les conflits de lois sur la détermination du domicile sont rares parce que cette notion exprime la constatation d'un fait, et on pourrait même se demander si des conceptions divergentes peuvent se rencontrer d'une législation à l'autre; néanmoins il suffit de réfléchir aux questions des domiciles légaux, de la pluralité ou de l'unité de domicile, et d'une manière plus générale à l'importance diverse qu'il est possible de donner au facteur de fait et au facteur d'intention en cette matière, pour concevoir des variétés de solutions génératrices de conflits.

Nous rapprochons de cette matière celle de l'absence, suivant un plan traditionnel. Bien que l'absence en droit ne se résume pas à la simple non présence au domicile; il n'en reste pas moins que le domicile est principalement destiné à permettre d'atteindre les individus et que l'absence consiste dans l'impossibilité d'être atteint, sans certitude du décès.

403. **Application au domicile de la loi de l'institution pour laquelle il joue.** — Une thèse, remarquée de M. Levasseur (1) a développé l'idée que le domicile est toujours régi par la loi de l'institution pour laquelle il joue: loi du for s'il s'agit d'une question de compétence judiciaire, *lex loci actus* s'il s'agit de la célébration du mariage... Il n'y a pas de loi propre applicable à la détermination du domicile parce que le domicile est un fait qui n'entre dans les règles de droit qu'à titre d'élément de fonctionnement d'une autre institution; il n'y a pas de droit au

(1) *La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, 1931; v. en ce sens sous certaines réserves, von Steiger, *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im I. P. R.*, Berne 1934; Tedeschi, *Il domicilio nel dir. int. pr.*, Gênes 1934.



blique, la loi de l'Etat qui les concède a seule compétence, législative comme juridictionnelle, pour déterminer leur existence et leur régime (dans le sens de ce principe v. Civ. 15 juin 1863, D. P. 63.1.311, S. 61.1.281; Req. 26 oct. 1897, S. 1900.1.356; Trib. Angers 26 févr. 1904, J. 1906.190). Mais comme il s'agit en même temps d'un accessoire du nom, il est nécessaire de chercher si la loi personnelle de l'intéressé autorise ses nationaux à accepter des titres étrangers.

Le gouvernement français ayant accordé par décret des autorisations de porter en France des titres étrangers, il en a été conclu que ce port était illégal à défaut d'autorisation (Riom 12 juil. 1905, J. 1906.187). On l'aurait mieux compris à une époque où l'Etat attachait une importance fondamentale à la qualité et à la hiérarchie des titres. Aujourd'hui où la loi se borne à prohiber les usurpations, on devrait, semble-t-il, s'en tenir au principe qu'un droit régulièrement acquis à l'étranger peut toujours être invoqué en France, même comme accessoire honorifique de nom (v. cependant Trib. Angers 26 fév. 1904 précité) sous la seule réserve de l'ordre public. (V. E.-H. Perreau, *Du droit des étrangers en France sur leur nom et leur titre nobiliaire*, J. 1910.1025.1030).

## § 2. — LE DOMICILE ET L'ABSENCE.

402. **Généralités.** — Les conflits de lois sur la détermination du domicile sont rares parce que cette notion exprime la constatation d'un fait, et on pourrait même se demander si des conceptions divergentes peuvent se rencontrer d'une législation à l'autre; néanmoins il suffit de réfléchir aux questions des domiciles légaux, de la pluralité ou de l'unité de domicile, et d'une manière plus générale à l'importance diverse qu'il est possible de donner au facteur de fait et au facteur d'intention en cette matière, pour concevoir des variétés de solutions génératrices de conflits.

Nous rapprochons de cette matière celle de l'absence, suivant un plan traditionnel. Bien que l'absence en droit ne se réduise pas à la simple non présence au domicile, il n'en reste pas moins que le domicile est principalement destiné à permettre d'atteindre les individus et que l'absence consiste dans l'impossibilité d'être atteint, sans certitude du décès.

403. **Application au domicile de la loi de l'institution pour laquelle il joue.** — Une thèse, remarquée de M. Levasseur<sup>(1)</sup> a développé l'idée que le domicile est toujours régi par la loi de l'institution pour laquelle il joue: loi du for s'il s'agit d'une question de compétence judiciaire, *lex loci actus* s'il s'agit de la célébration du mariage... Il n'y a pas de loi propre applicable à la détermination du domicile parce que le domicile est un fait qui n'entre dans les règles de droit qu'à titre d'élément de fonctionnement d'une autre institution; il n'y a pas de droit au

<sup>(1)</sup> *La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, 1931; v. en ce sens sous certaines réserves, von Steiger, *Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im I. P. R.*, Berne 1934; Tedešchl, *Il domicilio nel dir. int. pr.*, Gênes 1934.



domicile comme il y a un droit au nom. C'est donc la loi de l'institution en jeu qui doit s'appliquer à sa détermination.

Il est, de fait, certain que si la notion de domicile entre dans l'énoncé d'une règle de conflit de lois, (soit par exemple la règle que la succession mobilière est régie par la loi du domicile du défunt), sa définition ne peut être demandée qu'à la loi qui édicte la règle de conflit. Ce point résulte suffisamment de ce qui a été dit sur les conflits de qualification (v. ci-dessus n. 291) et la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois en toute netteté, à ce sujet à propos du renvoi: la loi étrangère qui renvoie au domicile en France décide elle-même ce qu'elle entend par domicile (Civ. 7 mars 1938, R. 1938.472, nos H. B.; v. pour les décisions antérieures Levasseur, *op. cit.*, p. 79 et s.) (1).

En matière de compétence judiciaire, on conçoit aussi difficilement que les tribunaux n'interprètent pas d'après la loi de leur siège les textes qui fixent leurs attributions (dans le sens de cette solution, Pilon, *Mélanges Capitani* p. 633 et s.). Et de fait sans que la jurisprudence ait pris parti aussi expressément que dans le cas précédent, les arrêts ne se réfèrent pas à une loi étrangère pour déterminer le domicile d'un étranger sur une exception d'incompétence (v. notamment Req. 30 déc. 1930, J. 1931.1037; Civ. 13 mars 1933, J. 1933.639; cf. par des motifs d'expression différente Seine 27 avril 1933, J. 1934.901; très nettement Paris 26 juin 1943, G. P. 4 sept. 1943). Il faut étendre cette solution au fonctionnement de tous les services publics: perception des impôts, assistance publique par exemple (2).

Si on passe au droit privé, il se trouve que le domicile a pour fonction soit de régler l'exercice de droits que la loi veut solennels, comme le mariage ou l'émancipation, soit de centraliser des intérêts qui ont une unité comme en matière de tutelle ou de faillite. Mais publicité ou organisation requièrent toujours l'intervention d'un officier public, que ce soit l'officier d'état-civil ou le juge de paix de sorte qu'on en revient encore au cas précédent.

L'avantage du système est assurément de sauvegarder l'homogénéité de fonctionnement du service public intéressé. L'inconvénient est de détruire corrélativement l'unité du statut de l'individu qui se verra

(1) Suivant certains auteurs (V. Lerebours-Pigeonnière, *Précis* n. 232) il serait opportun de faire prévaloir dans le domicile attributif de compétence législative l'élément de fait de la résidence habituelle sur l'élément d'intention plus qu'on ne l'admet dans le domicile de droit commun. Bien qu'on puisse trouver une indication en ce sens dans certaines décisions (v. Seine 23 fevr. 1916, *Gaz. Trib.* 14 oct. 1916; Aix 21 mai 1923, J. 1924.106) nous croyons contre-indiqué de déroger ici au principe que les définitions internes conservent leur valeur pour la règle de conflit, alors surtout qu'on propose d'accentuer l'instabilité du domicile qui est l'objection majeure à son adoption comme élément de rattachement. Cf. cependant l'importante étude de Levasseur, *op. cit.* p. 239 et s.

(2) V. Req. 30 déc. 1929, D. H. 1930.65: le domicile du défunt en France donnant ouverture aux droits de mutation par décès est celui de la loi française, même pour un étranger. La Cour de cassation (Civ. 21 mars 1928, D. P. 1928.1.121, note Paul Matter, J. 1929.164) a même décidé que pour l'application de l'arrêté du 4 avril 1919 sur la valorisation du mark au profit des créanciers domiciliés en Alsace-Lorraine, la notion du domicile était propre à ce texte et ne devait pas se prendre dans les règles générales du droit français ou du droit allemand.



DOMICILE

419

attribuer des domiciles définis différemment dans les divers pays où il a des intérêts.

Bien que le droit français affirme l'unité du domicile, il ne semble pas que l'importance qu'il lui attache doive être préférée à l'unité de fonctionnement des services publics dans lesquels il intervient. La jurisprudence l'indique assez nettement par sa position en matière de compétence judiciaire (1). Et la circonstance que le statut personnel n'est pas rattaché au domicile mais à la nationalité concourt à cette conclusion.

404. **Rôle éventuel de la loi personnelle.** — La plupart des auteurs hésitent cependant à exclure la loi personnelle quand il s'agit de déterminer le domicile des mineurs et des femmes mariées; le lien entre la question et l'organisation familiale est en effet patent (v. Levasseur, *op. cit.* p. 187). Mais la jurisprudence a plusieurs fois considéré que les règles françaises en la matière s'imposent même aux mineurs et femmes mariées étrangères au nom de l'ordre public. V. pour les mineurs, Levasseur, *op. cit.* p. 191; *adde* pour les femmes mariées Paris 28 juin 1941, G. P. 1941.2.374. Elle n'a cependant pas toujours écarté l'application de la loi étrangère: v. pour l'application de son statut personnel à une femme mariée anglaise dans une question de compétence juridictionnelle, Paris 20 déc. 1941, G. P. 20 mai 1942; cf. pour la constatation subsidiaire de l'identité de la loi étrangère et de la loi française, Paris 26 juin 1943, G. P. 4 sept. 1943.

Mais l'appel même à l'ordre public indique bien que par sa nature le domicile appartient au statut personnel au moins quand il fait partie de l'organisation familiale (v. les motifs de Req. 6 mars 1877, S. 79.1.305); si l'ordre public empêche d'en tirer toutes les conséquences pour les étrangers en France il n'en est pas de même pour les Français à l'étranger: la Cour de Nancy a appliqué l'article 108 du Code civil à une Française mariée à un Alsacien devenu Allemand en 1871 pour déterminer le lieu d'ouverture de sa succession (Nancy 20 avril 1887, G. P. 88.1.211). V. de même pour la succession d'un mineur français décédé à l'étranger Aix 21 mars 1850, sous Req. 21 juil. 1851, S. 51.1.685.

Autrement dit, le droit positif français tend à admettre que la loi personnelle gouverne la détermination du domicile quand il s'agit d'un élément de l'organisation familiale, mais il paraît limiter le jeu de cette idée au cas des Français à l'étranger en l'excluant le plus souvent, sans motifs bien impérieux, quand il s'agit d'étrangers en France.

(1) L'intérêt de ce facteur paraît suffisamment mis en relief pour dispenser d'une discussion particulière des autres solutions qui ont été proposées: loi du for, loi du lieu où le domicile est invoqué, qui se ramènent d'ailleurs pratiquement à la loi de l'institution en jeu mais sans justification aussi précise. V. Nast J. 1925.1044; Levasseur, *op. cit.* p. 52 et s.; Cassin, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1930.IV.676; *Rép. de dr. int.*, v° *Domicile*, par S. Grinberg-Vinaver, n. 76 et s.; Tedeschi, *Il domicilio nel dr. int. pr.*, Gênes 1934; *Del domicilio*, Padoue, 1936; *adde* nos observations R. 1935.625. M. Niboye (I, n. 513 et s.) considère que le domicile, comme la nationalité, ne peut être reconnu que si la loi du pays où il est situé l'admet. Ce système séduisant donne au domicile l'importance d'une nationalité et engendre des conflits de domicile. Le système vers lequel semble tendre le droit positif donne des résultats plus simples et paraît plus conforme au rôle véritable du domicile, simple élément de fait dans le jeu d'une institution.



Il y a là une nouvelle manifestation du double rôle de la loi personnelle: l'influence qu'elle n'a pu conquérir comme loi de la personne, elle l'a acquise comme loi de la famille.

Concluons que le domicile comme moyen d'identification des personnes fait partie à ce titre du statut personnel. Mais son caractère prépondérant d'élément de fait, condition des institutions de publicité et d'organisation des services publics, paralyse à peu près complètement l'intervention de la loi personnelle dont la seule trace positive ne peut guère se trouver que quand il est déterminé en fonction de l'organisation familiale.

405. **Election de domicile.** — L'élection de domicile étant une clause d'un contrat, fait corps avec celui-ci, et la loi du contrat paraît avoir compétence pour déterminer sa validité et ses effets. La différence de nature entre le domicile légal et le domicile élu rend sans inconvénient la divergence des lois applicables, alors que l'intervention de lois multiples dans l'application d'un contrat est génératrice de graves complications (1).

406. **L'absence.** — L'absence donne lieu à des conflits de lois délicats. D'une part en effet, il s'agit de statuer sur le sort des biens de l'absent, et en même temps de déterminer l'état de ses liens de famille; d'autre part toutes les législations ne conçoivent pas de la même manière les effets de l'absence; pour les unes l'absent n'est pas réputé décédé, pour les autres, il peut être considéré comme tel, c'est notamment le cas du droit allemand. Il s'ensuit une différence de nature des institutions qui a son contre-coup sur les règles de conflits de lois.

Les mesures provisoires qui peuvent être requises avant la déclaration d'absence sont, de l'avis général (v. le *Rép. de dr. int.*, v° Absence par Delboy, n. 8 et les références), de la compétence de la *lex rei sitae*. Sans invoquer l'ordre public, comme l'article 75 du Code Bustamante, il suffit de constater qu'il s'agit ici de la possession de ces biens, et que la possession est du domaine de la loi réelle. Ce point laisse d'ailleurs intacte la question de savoir quels sont les pouvoirs en France de l'administrateur nommé par un tribunal étranger: il s'agit là d'une matière relative aux effets des jugements (v. ci-dessous n. 773).

La déclaration d'absence doit, semble-t-il, être réglementée, notamment quant à ses conditions de délais, par la loi personnelle de l'absent. Sans doute s'agit-il le plus souvent de pourvoir à l'administration ou même à la dévolution de ses biens; aussi certains sont-ils tentés d'appliquer la loi réelle. Mais au fond, c'est l'état de la personne qui est en jeu; le droit français ne le met pas en relief, comme plusieurs droits

(1) Aussi pensons-nous erroné de régler l'élection de domicile par la loi du domicile élu. Sans doute les tribunaux de ce lieu seront-ils compétents du fait de l'élection de domicile, mais la conséquence à en tirer est que normalement cette clause attributive de juridiction sera un indice déterminant de la localisation du contrat (ci-dessous n. 596). Si elle est primée par quelque autre indice, notamment un choix exprès de la loi applicable, c'est la loi du contrat qui nous paraît devoir jouer comme pour une clause compromissoire ou une clause directement attributive de juridiction parce que l'unité du contrat est plus précieuse que la convenance d'une clause isolée avec la loi de la juridiction compétente.



ABSENCE

étrangers, parce qu'il refuse de considérer l'absent comme décédé, de sorte que les liens familiaux auxquels le disparu était partie subsistent tels quels, notamment le mariage. Mais même en droit français il a été impossible de faire totalement abstraction de l'état d'absence dans le droit des personnes; on le voit aux nullités de mariage (art. 139 C. civ.), au jeu de la présomption *pater is est* (cf. la règle de preuve de l'art. 135 qui vaut pour tout le droit des personnes). Même la possibilité d'une dissolution anticipée de la communauté (art. 124) touche au statut de la famille. Par la seule généralité de ses conséquences l'absence intéresse directement l'ensemble de la personnalité; si le décès seul met fin à la personnalité, l'incertitude sur cet événement la compromet assez pour qu'on admette qu'elle la concerne. Une intelligence assouplie de la nature du problème nous prépare à qualifier convenablement les dispositions étrangères qui y voient plus franchement que les nôtres une matière d'état des personnes. Les auteurs se prononcent généralement en ce sens (v. le *Rép. de dr. int.*, v° *Absence*, n. 28; code Bustamante, art. 77; pour la *lex rei sitae*, Weiss, t. III, p. 93). La Cour de cassation (Civ. 27 déc. 1897, D. P. 1901.1.409, J. 98.334) a pris cependant parti pour la loi de la situation, mais pour justifier la compétence des tribunaux français sur la requête d'un Français en déclaration d'absence d'un étranger: l'art. 14 C. civ., relevé d'ailleurs par la Cour, y suffisait, de sorte que la portée de l'arrêt se réduit à un simple motif (1).

Le Tribunal de la Seine a plus récemment affirmé que l'ensemble de la matière dépend de la loi personnelle (Seine 24 avril 1931, D. P. 1931.2.89, note Lalou, J. 1932.83, note J. P., R. 1931.504. V. déjà en ce sens Douai 2 août 1854, S. 54.2.700). Il en a déduit que le jugement étranger déclaratif d'absence avait effet en France sans exequatur. (V. ci-dessous n. 771). La solution paraît plus heureuse, ménageant la cohérence de l'ensemble des mesures consécutives à l'absence.

Les effets de la déclaration d'absence concernant l'état des personnes sont unanimement attribués à la loi nationale. (V. Delboy, *loc. cit.*, n° 49 et s. *Adde* Mariotte, *De l'absence en dr. int. privé*, J. 1930.589). Mais les effets relatifs aux biens le sont par les uns à la loi nationale, par les autres à la loi de la situation, par d'autres enfin à la loi de la succession (Delboy, n. 30 et s. *Adde*, pour la loi nationale Prudhomme, J. 1932.53, Lalou, D. P. 1931.2.89).

La Cour de cassation, dans l'arrêt précité, a pris parti pour la loi de la situation; cette position est plus justifiable ici que sur la déclaration d'absence; elle s'appuie sur le motif que « la déclaration d'absence et

(1) La chambre civile spécifie d'ailleurs « que la déclaration d'absence et les mesures qui en sont la suite ont un caractère *purement provisoire et conservatoire*; qu'elles ne touchent en aucune façon ni à l'état ni à la capacité du présumé absent ». Ces observations exactes, ou à peu près, en droit français ne tiennent pas compte de la complexité réelle du problème auquel nos lois n'apportent qu'une solution dont l'insuffisance est généralement reconnue.

Le droit allemand accentue le caractère personnel de la déclaration d'absence en la réservant aux tribunaux allemands quand il s'agit d'Allemands et en leur déniant compétence en ce qui concerne les étrangers. V. Nussbaum *Deutsches Int. Privatrecht*, p. 116. Les Anglo-Saxons par contre tendent à n'y voir qu'une mesure de conservation des biens, v. Beale, II, n. 120.5. La réforme du code civil italien dans le sens de l'intérêt des présents plutôt que de ceux de l'absent est contraire, pense Fedozzi (p. 371) à la compétence de la loi nationale de l'absent.



les mesures qui en sont la suite ont un caractère purement provisoire et conservatoire » ; effectivement l'envoi en possession correspond bien au souci de pourvoir à la possession des biens et relève donc du statut réel. La loi successorale déterminera les héritiers ; ce sera pour les meubles celle du domicile de l'absent, transposition un peu inattendue de la règle admise en cas de décès, mais qui concorde avec son sens le plus plausible (n. 651) : la loi du domicile est compétente parce que c'est en ce lieu que se manifeste la disparition de la personnalité ; or l'observation est vraie pour l'absent comme pour le défunt.

### § 3. — PREUVE DE L'ÉTAT-CIVIL.

407. **Généralités.** — L'importance de l'état-civil pour les individus comme pour l'Etat rend nécessaire d'en organiser la preuve. En France et dans un grand nombre de pays, cette organisation se présente sous la forme d'un service public qui établit les *actes de l'état-civil* sur déclaration des intéressés. Aussi la matière est-elle généralement dénommée « actes de l'état-civil ». Mais le droit international privé, une fois de plus, amène à assouplir les cadres du droit privé interne : le service public de l'état-civil n'existe pas dans tous les pays, c'est notamment le cas aux Etats-Unis ; le problème de la preuve de l'état-civil s'y pose cependant et peut se poser en France pour des faits intervenus sur leur territoire ; il est donc plus large que celui des actes de l'état-civil. D'ailleurs le droit positif français reconnaît de plus en plus la nécessité des moyens de preuve autres que les actes de l'état-civil : c'est le sens du développement de la jurisprudence sur les jugements déclaratifs de faits d'état-civil (1). Il est bien rare, comme le montre le droit comparé, qu'un système juridique ne contienne pas trace des facteurs que ses formules arrêtées paraissent exclure, du moment qu'elles correspondent à une réalité.

L'étude générale de la loi applicable à la preuve sera abordée à propos du domaine de la loi procédurale (ci-dessous n. 726). Mais il convient dès maintenant de préciser les points propres à l'état-civil. Ils concernent : 1° l'objet et la charge de la preuve ; 2° l'admissibilité des modes de preuve ; 3° la valeur probante des modes admis. L'administration de la preuve relevant exclusivement de la procédure ne sera pas examinée ici.

408. **1° Objet et charge de la preuve. Compétence de la loi personnelle.** — L'objet et la charge de la preuve concernent le fond du droit. Quand la loi décide que pour prouver la filiation légitime paternelle il suffit de prouver qu'on est issu de la femme mariée au défendeur, cette détermination de l'objet de la preuve pose une règle de fond sur le droit des personnes : *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Et d'une manière générale les règles sur la charge de la preuve, à partir du

(1) V. sur le fait que ce développement tient à la nature même de l'état-civil : Reudant et Lerebours-Pigeonnière, *Dr. civ. fr.*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., n. 365.



principe *actori incumbit probatio* se ramènent à des présomptions en faveur de l'une ou l'autre partie; telle la présomption *pater is est* mettant la preuve du désaveu à la charge du mari: ce sont donc des règles de fond.

L'état des personnes fait partie, sauf exception du statut personnel; donc l'objet et la charge de la preuve en matière d'état-civil relèvent normalement de la loi personnelle.

409. 2° **Admissibilité des modes de preuves. Actes juridiques d'état-civil.** — L'admissibilité des modes de preuve fait plus difficulté. Distinguons suivant qu'il s'agit de prouver des *actes* juridiques d'état-civil tels que le mariage, ou la reconnaissance d'un enfant naturel; ou des *faits* juridiques d'état-civil, tels que la naissance, le décès.

Pour des raisons qui seront développées plus loin (n. 728), il paraît nécessaire de considérer que l'admissibilité des modes de preuve est déterminée en principe par la loi du juge saisi (loi du for) qualifiée pour décider selon quelles règles le juge formera sa conviction; la règle *locus regit actum* n'intervient que comme un tempérament pour permettre aux parties de se réclamer des modes de preuves admis par la loi du lieu de l'acte. Ainsi si la loi du for admet la preuve par témoins, celle-ci sera reçue bien que la loi du lieu de l'acte exige une preuve écrite; mais si la loi du for exige un acte écrit, les parties pourront invoquer la loi du lieu de l'acte qui les a autorisées à se marier, par exemple, sans écrit.

La jurisprudence a surtout eu l'occasion de décider, par application de la règle *locus regit actum* qu'on peut prouver par témoins devant un tribunal français un mariage contracté dans un pays dont la loi admet ce mode de preuve nonobstant l'exigence française d'un écrit (1). C'est notamment le mariage de « *common law* » des pays anglo-saxons qui se prouve par « *cohabitation and reputation* », vieille trace du mariage canonique consensuel antérieur au Concile de Trente et conservé dans les pays protestants non soumis aux canons du Concile.

Mais, dans les cas où inversement la loi française admet la preuve par témoins, par exemple dans le cas de perte des registres d'état-civil (art. 46 C. Civ.) ou dans l'hypothèse de l'art. 197, cette preuve nous paraît recevable même si la loi du lieu de l'acte, plus sévère, ne l'admet pas. Et la Cour de cassation de fait a admis par application de l'article 46 C. civ. la preuve par témoins d'un mariage contracté en Russie sans qu'il soit établi que la loi russe l'admit. (Req. 14 nov. 1922, J. 1923.304).

(1) Cass. 8 juin 1809, S. chr.; 7 sept. 1809, S. chr.; 7 sept. 1809, S. chr., D. Jur. gén. v° *Mariage*, n. 387-1°; 21 mai 1810, S. chr., D. Jur. gén. v° *Lois*, n. 215-10°; Paris 9 août 1813, S. chr.; Cass. 20 déc. 1841, S. 42.1.322; 6 févr. 1843, S. 43.1.209; 13 janv. 1857, S. 57.1.84; Paris 20 janv. 1873; S. 73.2.177; Aix 6 mai 1885 sous Cass. 8 juill. 1886, S. 87.1.349, note Labbé. *Adde* pour d'autres formes, religieuses notamment, Seine 15 mars 1883, G. P. 83.1.519; Rouen, 17 janv. 1912; *Rec. Rouen* 1911.5; Seine 19 déc. 1919, *Gaz. Trib.* 1920.2.214; Pau 29 déc. 1925, G. P. 1926.1.363; Seine 18 fév. 1932, J. 1932.444; Paris 16 mars 1934, *Gaz. Trib.* 1934.2.156. *Contra* Trib. Saïgon 1<sup>er</sup> mars 1905 J. 1905.160. Les auteurs approuvent généralement la jurisprudence, v. le *Rép. de dr. int.*, v° *Actes de l'Etat civil*, par M. Nast, n. 141 et 143. *Contra* cependant Niboyet, *Manuel*, 2<sup>e</sup> éd., n. 619 au nom de l'ordre public. Il y aura lieu d'examiner plus loin dans quelle mesure déroge au principe ainsi admis la règle d'après laquelle le caractère authentique de la reconnaissance d'enfant naturel est une règle de fond suivant les Français à l'étranger (V. ci-dessous n. 482; et de même pour l'art. 197 C. civ. n. 445).



410. **Faits juridiques d'état-civil.** — Les principes exposés pour les actes juridiques valent aussi pour les faits juridiques mais sous certaines modalités. S'agissant de la preuve de faits, et non plus d'actes, la règle *locus regit actum* peut paraître à première vue hors de cause. Et de fait la compétence de principe de la loi du for s'impose plus manifestement. Mais la règle *locus* se réintroduit par la *préconstitution de la preuve*: les législations qui instituent un état-civil, c'est le cas en France à tout le moins, prescrivent la déclaration des faits d'état-civil dans un délai déterminé pour la préconstitution de la preuve. Il y a donc finalement exigence d'un écrit comme pour les actes juridiques; la seule différence est que pour les actes il est concomitant et généralement prescrit à peine de nullité, tandis que pour les faits, il est postérieur et exigé seulement *ad probationem*, sans qu'il soit question de valeur juridique (1).

Mais la jurisprudence tend à considérer, au moins dans ses motifs, que la preuve des faits d'état-civil est matière de statut personnel: elle exige pour la preuve des naissances et des décès des Français à l'étranger la production, conformément à la loi française, d'un acte de l'état-civil, sauf dans les cas prévus par l'art. 46 C. civ. (V. outre les arrêts cités *infra*, Cass. 12 août 1828, S. chr.; Bordeaux, 5 janv. 1826, *ibid*. En ce sens Duguit, *Conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, p. 67 et s. et J. 85.366, citant Bouhier,  *Coutume de Bourgogne* t. I, ch. 21, n. 205). Seulement le résultat pratique n'est guère différent, surtout aujourd'hui, de celui auquel aboutiraient les principes ci-dessus exposés, eu égard à l'interprétation de plus en plus large qui a été donnée à l'art. 46 C. civ. (V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Dr. Civ. fr.*, t. II, 2 éd., n. 383 et s. Adde Req. 14 nov. 1922, J. 1923.304). Pratiquement la loi française admet la preuve par témoins dans tous les cas où elle est nécessaire, mais la subordonne à la preuve de cette nécessité alors que la loi étrangère peut l'admettre *de plano* (v. Montpellier 2 déc. 1872, J. 75-16; Cass. 9 juil. 1873, S. 73.1.405, J. 75.16; Bordeaux 26 mars 1878, S. 78.2.204). Il restera donc le cas où l'intéressé n'aura pas fait de déclaration parce que la loi locale, tout en offrant ses registres, ne l'imposait pas; la jurisprudence lui refuserait la preuve par témoins parce que les registres existaient, alors que selon nous elle devrait être reçue parce que l'intéressé s'est fié à la loi locale sur la préconstitution de la preuve.

Mais certaines décisions ont admis franchement les modes de preuve de la loi locale. V. Paris 9 août 1813, S. chr., D. Rép. Gén., V° Paternité n. 135; Bordeaux 21 déc. 1886, *La Loi* 3 oct. 1887; Trib. Versailles 8 janv. 1914, R. 1914.514. Et ils n'ont parfois été rejetés qu'en raison de leur insuffisance en fait, l'inapplicabilité de l'art. 46 n'étant relevée qu'à titre subsidiaire v. Req. 17 déc. 1837, S. 38.1.545.

411. **3° Valeur probante des modes admis.** — La force probante des preuves non écrites ne dépend évidemment que de la loi du for: le

(1) L'acte auquel s'applique ici la règle *locus* n'est que l'acte instrumentaire; non l'acte juridique qui n'existe pas. Mais n'est-ce pas au fond le sens ordinaire de la règle *locus* depuis qu'elle ne s'applique plus qu'aux formes? Elle ne vise jamais que l'acte instrumentaire.



410. **Faits juridiques d'état-civil.** — Les principes exposés pour les actes juridiques valent aussi pour les faits juridiques mais sous certaines modalités. S'agissant de la preuve de faits, et non plus d'actes, la règle *locus regit actum* peut paraître à première vue hors de cause. Et de fait la compétence de principe de la loi du for s'impose plus manifestement. Mais la règle *locus* se réintroduit par la *préconstitution de la preuve*: les législations qui instituent un état-civil, c'est le cas en France à tout le moins, prescrivent la déclaration des faits d'état-civil dans un délai déterminé pour la préconstitution de la preuve. Il y a donc finalement exigence d'un écrit comme pour les actes juridiques; la seule différence est que pour les actes il est concomitant et généralement prescrit à peine de nullité, tandis que pour les faits, il est postérieur et exigé seulement *ad probationem*, sans qu'il soit question de valeur juridique (1).

Mais la jurisprudence tend à considérer, au moins dans ses motifs, que la preuve des faits d'état-civil est matière de statut personnel: elle exige pour la preuve des naissances et des décès des Français à l'étranger la production, conformément à la loi française, d'un acte de l'état-civil, sauf dans les cas prévus par l'art. 46 C. civ. (V. outre les arrêts cités *infra*, Cass. 12 août 1828, S. chr.; Bordeaux, 5 janv. 1826, *ibid.* En ce sens Duguit, *Conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, p. 67 et s. et J. 85.366, citant Bouhier, *Coutume de Bourgogne* t. I, ch. 21, n. 205). Seulement le résultat pratique n'est guère différent, surtout aujourd'hui, de celui auquel aboutiraient les principes ci-dessus exposés, eu égard à l'interprétation de plus en plus large qui a été donnée à l'art. 46 C. civ. (V. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Dr. Civ. fr.*, t. II, 2 éd., n. 383 et s. Adde Req. 14 nov. 1922, J. 1923.304). Pratiquement la loi française admet la preuve par témoins dans tous les cas où elle est nécessaire, mais la subordonne à la preuve de cette nécessité alors que la loi étrangère peut l'admettre *de plano* (v. Montpellier 2 déc. 1872, J. 75.16; Cass. 9 juil. 1873, S. 73.1.405, J. 75.16; Bordeaux 26 mars 1878, S. 78.2.204). Il restera donc le cas où l'intéressé n'aura pas fait de déclaration parce que la loi locale, tout en offrant ses registres, ne l'imposait pas; la jurisprudence lui refuserait la preuve par témoins parce que les registres existaient, alors que selon nous elle devrait être reçue parce que l'intéressé s'est fié à la loi locale sur la préconstitution de la preuve.

Mais certaines décisions ont admis franchement les modes de preuve de la loi locale. V. Paris 9 août 1813, S. chr., D. Rép. Gén., V° Paternité n. 135; Bordeaux 21 déc. 1886, *La Loi* 3 oct. 1887; Trib. Versailles 8 janv. 1914, R. 1914.514. Et ils n'ont parfois été rejetés qu'en raison de leur insuffisance en fait, l'inapplicabilité de l'art. 46 n'étant relevée qu'à titre subsidiaire v. Req. 17 déc. 1837, S. 38.1.545.

411. **3° Valeur probante des modes admis.** — La force probante des preuves non écrites ne dépend évidemment que de la loi du for: le

(1) L'acte auquel s'applique ici la règle *locus* n'est que l'acte instrumentaire; non l'acte juridique qui n'existe pas. Mais n'est-ce pas au fond le sens ordinaire de la règle *locus* depuis qu'elle ne s'applique plus qu'aux formes? Elle ne vise jamais que l'acte instrumentaire.



juge ne peut demander qu'à sa propre loi dans quelle mesure il est lié par les déclarations des témoins ou les présomptions du fait de l'homme (v. ci-dessous n. 729).

Pour les actes écrits au contraire la loi compétente est celle du lieu de rédaction de l'acte: c'est le sens de l'article 47 C. civ. Cette loi en effet détermine les conditions de régularité de l'acte, et la force probante est liée à la régularité (v. sur ce point *infra* n. 728). On justifie généralement cette compétence de la *lex loci actus* par la maxime *locus regit actum*. Il ne faut cependant pas perdre de vue que le sens ordinaire de cette maxime en cantonne l'application aux actes privés. S'agissant ici normalement d'actes rédigés par des officiers publics, la compétence de la loi du lieu tient plus immédiatement à leur qualité, et dérive de la notion que la loi qui institue un fonctionnaire détermine les règles de son activité, comme on le voit pour la soumission de la procédure à la loi du for.

De fait, la jurisprudence a admis comme réguliers pour la preuve de la naissance des actes de baptême parce que la loi locale leur attribuait cette valeur probatoire (1); elle a admis de même des actes religieux de mariage dans les mêmes conditions, ainsi qu'on le reverra (ci-dessous n. 438). Les *délais* dans lesquels la déclaration doit être faite entrent dans les règles de forme de l'acte, donc relèvent de la loi locale (Cass. 8 déc. 1851, S. 52.1.161).

La mesure de la force probante attachée à un acte, d'ailleurs régulier selon la loi du lieu de sa rédaction, est déterminée par cette même loi. Ainsi la Cour de cassation a admis que les juges du fait n'acceptent pas l'affirmation d'un officier d'état-civil russe qu'une sentence de divorce émanait d'un rabbin compétent, du moment qu'ils relevaient que la loi russe n'attachait pas de valeur à l'opinion de ce fonctionnaire sur ce point (2). Par suite on pourra contester en France, selon le droit commun les énonciations contre lesquelles la loi étrangère admet la preuve contraire, même si la loi française requiert l'inscription de faux (3). Si par contre c'est la loi étrangère qui entoure de garanties particulières la contestation de l'acte, l'application de notre procédure d'inscription de faux répondrait au souci de respecter l'esprit de la règle applicable, en la conciliant avec la compétence de la loi française pour la procédure.

Les tribunaux conservent assurément la latitude d'estimer que la force probante accordée à un acte par une loi étrangère excède les limites de la vraisemblance ou de la prudence. Ainsi il a été jugé qu'un acte de baptême dressé à Buenos-Ayres un an après la date indiquée de l'accouchement ne faisait pas preuve de cette date, alors même que la loi

(1) Caen 22 mai 1850, S. 52.2.566; Aix 17 juin 1862 sous Cass. 18 avril 1865, S. 65.1.317; Pau 19 févr. 1873, S. 73.2.85; Paris 2 août 1876, S. 79.2.250; Bordeaux 21 déc. 1886, D. P. 87.2.163; Alger 24 déc. 1889, J. 91.1171; 7 mars 1898, J. 99.103; v. aussi pour la reconnaissance d'enfant naturel Seine 14 mars 1879, J. 79.250.

(2) Civ. 21 fév. 1933, S. 1933.1.361 note Niboyet, J. 1933.107 note Perroud, R. 1933.498. Cf. Civ. 26 juin 1889, D. P. 91.1.129, S. 93.1.525, décidant que la foi due aux actes de l'état-civil reçus dans un pays étranger antérieurement à son annexion à la France doit être appréciée d'après la loi en vigueur à l'époque à laquelle ils ont été rédigés.

(3) En ce sens Weiss t. III, p. 248 note 6; Despagne, n. 238-4; Duguit, *Conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, p. 62; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, n. 873.



argentine n'imposait aucun délai pour son établissement (Pau 19 février 1873, S. 73.2.85). Ce refus d'appliquer la loi étrangère compétente au nom de la bonne administration de la justice peut se rattacher à l'ordre public.

**412. Le service public de l'état-civil en France. Compétence territoriale. Agents diplomatiques et consulaires. Echange international des actes d'état-civil.** — Ces règles de conflits de lois étant posées, il importe d'insister sur ce que la rédaction des actes de l'état-civil est confiée en France, comme en beaucoup d'autres pays, à un service public. On en a vu déjà la conséquence quant à la compétence de la loi française pour la forme de rédaction des actes (ci-dessus n. 409). D'autres conséquences doivent être relevées qui, tout en étant étrangères aux règles de conflits de lois, précisent leur portée effective.

La première concerne le champ d'application territorial des lois sur le service public de l'état-civil. On sait que ce problème se pose pour toutes les lois de droit public et de droit pénal (ci-dessus n. 246). Il s'agit de savoir quels faits, au point de vue territorial, les officiers d'état-civil français ont mission de constater.

La loi de leur institution leur donne en principe une compétence territoriale: ils ne peuvent recevoir des déclarations que sur les faits survenus dans les limites de la circonscription qui leur est définie ou des actes émanant de personnes qui y sont domiciliées, sous l'exception unique sans doute de la reconnaissance d'enfant naturel. Mais ces faits et ces actes sont de leur compétence, et obligatoirement, même s'ils concernent des étrangers; c'est le sens de l'article 3 al. 1<sup>er</sup> du Code civil: « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire », c'est-à-dire qui s'y trouvent, y agissent même sans y être domiciliés. On sait que les « lois de police » représentaient dans l'esprit des législateurs de 1804 les lois administratives. Or un service public destiné à établir une publicité ne remplit effectivement son rôle que s'il s'empare de tous les faits survenus dans le ressort de sa compétence. D'autre part le droit international privé reconnaissant la personnalité des étrangers, il importe, au bien commun que chacun puisse entrer en relations avec eux, donc déterminer leur identité. La jurisprudence n'y a eu aucune hésitation (v. p. ex. Seine 12 nov. 1930, R. 1931.689, note Emmanuel Lévy).

Quant aux faits et aux actes survenant à l'étranger, l'état-civil français est en principe incompétent pour en connaître. Comme il y a là une lacune regrettable, au moins pour les Français, puisque la preuve de leur état détermine leur statut personnel soumis à la loi française, notre droit public, comme celui de la plupart des pays, confie le service de l'état-civil des Français à l'étranger aux fonctionnaires diplomatiques et consulaires; et le droit international public admet traditionnellement la licéité de ce fonctionnement d'un service public en territoire étranger (1). Les conditions de fonctionnement de ce service, et notamment

(1) Il s'ensuit que nous reconnaissons la compétence des agents diplomatiques et consulaires étrangers à l'effet de dresser en France les actes concernant leurs nationaux. Néanmoins M. Nasu estime (*Rép. de dr. int.*, V<sup>e</sup> Actes de l'état-civil, n. 103)



la centralisation et la publicité des actes qui en émanent, sont étudiés en droit civil: on peut vérifier ici que les règles substantielles (et non de conflit) sur le droit privé international sont plus utilement étudiées en droit privé interne qu'en droit international privé, en dehors de la condition générale des étrangers (1).

Le service français de l'état-civil connaîtra encore des faits survenus à l'étranger par le jeu des transcriptions et des mentions marginales d'actes dressés à l'étranger. Les conditions de ces formalités relèvent du droit civil interne ou de l'effet en France des jugements étrangers (qui prescrivent par exemple une transcription); il s'agit en effet encore de règles substantielles, non de règles de conflit (v. Nast, *loc. cit.* n. 165 et s.).

Enfin de nombreuses conventions diplomatiques ont organisé l'échange international des actes de l'état-civil. La matière concerne par elle-même le droit international public et le droit administratif interne, v. Nast, *loc. cit.* n. 178 et s.; *adde* les tableaux et textes R. 1934.217, 1938.121; 1939.154; v. notamment la convention franco-anglaise du 3 avril 1937, R. 1937.751.

## Section II

### Capacité des personnes.

413. **Division.** — Il est admis en France que la capacité est régie par la loi personnelle de l'incapable, soit sa loi nationale. La règle ne vaut cependant que pour les incapacités générales, et sous différentes réserves (§ 1<sup>er</sup>), mais elle s'étend à l'organisation de la protection des incapables (§ 2).

#### § 1<sup>er</sup>. — APPLICATION DE LA LOI PERSONNELLE AUX INCAPACITÉS GÉNÉRALES.

414. **A. Champ d'application de la loi personnelle. Incapacités générales d'exercice.** — Le principe de l'application de la loi personnelle, c'est-à-dire de la loi nationale, à la capacité n'a jamais fait doute en droit positif devant la formule sans équivoque de l'article 3 al. 3

non sans raison, que la naissance et le décès doivent toujours être déclarés à l'état-civil français. Il s'agit là en effet des faits juridiques qui déterminent l'existence même de la personnalité et ont donc une importance particulière à l'égard de l'ordre public. La compétence de nos agents diplomatiques et consulaires à l'étranger n'est jamais que facultative (v. Nast, *loc. cit.* n. 18 et s.).

(1) On consultera aussi avec fruit sur ce point le *Rép. de dr. int.*, v. *Actes de l'Etat-civil*, par M. Nast. La possibilité qu'ont les Français à l'étranger de s'adresser pour l'établissement de leur état-civil soit aux services publics locaux, soit aux agents diplomatiques et consulaires français est souvent rapprochée du caractère facultatif de la maxime « *locus regit actum* ». On vient de voir que ce rapprochement n'est pas indispensable pour expliquer ce choix, et on verra plus loin que ce caractère facultatif répond à de toutes autres idées. Sur la *légalisation* des actes de l'état-civil étrangers par nos agents diplomatiques et consulaires pour leur usage en France, v. Nast, *loc. cit.* n. 246 et s.



C. civ. étendant l'empire de la loi française à « l'état et la capacité » des Français même résidant en pays étranger. La généralisation de la formule aux étrangers en France n'a pas fait plus difficulté pour la capacité que pour l'état des personnes (v. H. Batiffol, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, 1929, p. 86 et s.), au moins en principe (1).

Mais la notion de la capacité soumise à la loi personnelle appelle différentes précisions, car ce terme englobe des institutions passablement hétérogènes.

La première est qu'il ne s'agit ici que des incapacités *générales* par opposition aux incapacités *spéciales*. Les incapacités générales, comme celles du mineur ou de l'interdit, sont établies directement dans l'intérêt de l'incapable; il y a donc là des dispositions qui visent la personne comme telle et doivent la suivre dans tous ses actes, il s'agit de l'état *universel* de la personne selon l'expression de l'ancien droit, reprise par l'adjectif « général ». (Cf. l'incapacité « absolue » dans l'arrêt des chambres réunies du 27 févr. 1817, précité). Au contraire les incapacités *spéciales*, telle que celle du médecin à recevoir un don ou un legs de celui dont il a soigné la dernière maladie, concernent moins une personne déterminée qu'un intérêt plus collectif, en l'espèce la réputation de la profession médicale, le danger des abus d'influence éventuels; mais le médecin peut être gratifié par tout autre disposant; il ne s'agit donc plus de suivre une personne déterminée à travers ses actes, mais de prohiber une catégorie définie d'actes.

Le contraste se confirme si on observe qu'il coïncide avec la distinction des incapacités de jouissance et des incapacités d'exercice (ou encore capacité de droit et capacité d'agir). En effet, une incapacité générale ne peut être une incapacité de jouissance, car elle équivaudrait à la mort civile, et dérogerait au principe que toute personne physique est chez nous sujet de droit. Elle sera donc une incapacité d'exercice: si on frappe un individu d'une incapacité civile générale, ce n'est pas pour le punir, mais pour le protéger, et force est donc d'organiser l'exercice de ses droits par une institution de protection. L'incapacité spéciale au contraire, visant plus directement un intérêt collectif, ne donne pas lieu à l'exercice du droit en jeu par l'intermédiaire ou avec l'assistance d'autrui. La loi ne craint pas que le droit soit mal exercé en raison du caractère de la personne, elle considère le droit en question comme contraire au bien commun et par suite en refuse l'octroi; il s'agit donc d'une incapacité de jouissance. (V. à ce sujet notre ouvrage précité, p. 210 et s.).

La loi applicable aux incapacités spéciales sera celle de la matière dont elles relèvent; par exemple pour l'incapacité du médecin la loi successorale. En réalité, il s'agit à peine d'une incapacité, mais bien

(1) On peut même souligner que la Cour de cassation, toutes chambres réunies, dans un des premiers arrêts qui aient eu à définir le statut personnel après la rédaction du Code civil a énoncé « ... que le statut est personnel lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter » (Cass. Reun. 27 févr. 1817. S. chr. concl. du P. G. Mourre), reprenant ainsi par là la tradition de l'ancien droit qui voyait dans la capacité, et non dans l'état des personnes, l'objet premier du statut personnel. V. Pothier, éd. Bugnet, t. VIII, p. 177.



plutôt d'une règle prohibitive que la langue usuelle dénomme incapacité parce que, sans affecter la personne d'un caractère juridique général, elle est cependant posée en considération d'un caractère de la personne, en l'espèce la profession médicale.

415. Incapacités naturelles et légales. — Le droit civil ne se préoccupe guère de distinguer les incapacités naturelles des incapacités légales (pas plus d'ailleurs que les incapacités générales des incapacités spéciales) parce qu'il n'y attache pas de conséquences positives. Le problème apparaît au contraire en droit international privé. M. Lerebours-Pigeonnière (*Précis*, p. 424 note 1) considère qu'une incapacité naturelle comme celle de l'aliéné non interdit ni interné ne se ramène pas à une incapacité légale puisque seul l'interdit est légalement incapable; elle ne peut donc s'analyser qu'en un vice du consentement. Il s'ensuit que la loi applicable est, non la loi personnelle, mais la loi du contrat ou de l'acte litigieux, à laquelle sont soumis les vices du consentement.

Néanmoins, la Cour de cassation a décidé que « l'imbécillité et la démence constituant des cas d'incapacité naturelle et non pas... des vices du consentement » sont soumis à la loi personnelle (Req. 26 déc. 1934, J. 1936.266, cf. aussi Colmar 25 janvier 1926, *Revue jur. Als. Lorr.* 1926.263). Cette solution paraît juste en ce qu'il s'agit ici d'un caractère attaché à la personne qui la suit dans tous ses actes, et non pas d'une catégorie d'actes définis par leurs caractères intrinsèques, abstraction faite de la personne qui les accomplit. Le concept d'incapacité naturelle vient très heureusement assouplir ce que le concept civiliste d'incapacité a d'insuffisant, pour les besoins du droit international privé (n. 295). Il est très sûr en droit civil que sont seuls incapables ceux que la loi déclare tels; il n'existe donc que des incapacités légales. Néanmoins, si la loi dispose des aliénés non interdits, ni internés, si brièvement que ce soit, c'est pour les protéger. La circonstance que cette protection est trop embryonnaire civilement pour être qualifiée incapacité n'empêche pas que sa nature n'appelle l'application de la loi personnelle (1).

La portée pratique de cette intéressante question est d'ailleurs limitée. Sous des modalités diverses toutes les législations admettent l'incapacité légale des mineurs et au moins la possibilité d'attaquer pour aliénation mentale les actes d'un individu légalement capable. L'application de la loi personnelle ne risque donc pas en fait de donner effet aux actes d'un fou ou d'un enfant; l'arme de l'ordre public resterait au surplus disponible à l'encontre des modalités qui nous paraîtraient insuffisamment protectrices (2).

(1) La tentative de Pillet, d'identifier le statut personnel et les lois de protection individuelle pèche par défaut (n. 234) en ce que les lois visant essentiellement la protection individuelle sont extrêmement rares et que sa définition est donc trop étroite. Mais une loi essentiellement protectrice d'un individu en raison de son caractère est assurément personnelle en ce qu'elle appelle la permanence (le souligné vise à exclure les vices du consentement qui protègent un individu dans des circonstances particulières, à un acte et non en raison d'un caractère permanent de sa personne).

(2) On peut imaginer une majorité fixée à un âge indûment précoce par quelque coutume subtropicale n'envisageant pas les actes juridiques importants de la civil-



plutôt d'une règle prohibitive que la langue usuelle dénomme incapacité parce que, sans affecter la personne d'un caractère juridique général, elle est cependant posée en considération d'un caractère de la personne, en l'espèce la profession médicale.

415. **Incapacités naturelles et légales.** — Le droit civil ne se préoccupe guère de distinguer les incapacités naturelles des incapacités légales (pas plus d'ailleurs que les incapacités générales des incapacités spéciales) parce qu'il n'y attache pas de conséquences positives. Le problème apparaît au contraire en droit international privé. M. Lerebours-Pigeonnière (*Précis*, p. 424 note 1) considère qu'une incapacité naturelle comme celle de l'aliéné non interdit ni interné ne se ramène pas à une incapacité légale puisque seul l'interdit est légalement incapable; elle ne peut donc s'analyser qu'en un vice du consentement. Il s'ensuit que la loi applicable est, non la loi personnelle, mais la loi du contrat ou de l'acte litigieux, à laquelle sont soumis les vices du consentement.

Néanmoins, la Cour de cassation a décidé que « l'imbécillité et la démence constituant des cas d'incapacité naturelle et non pas... des vices du consentement » sont soumis à la loi personnelle (Req. 26 déc. 1934, J. 1936.266, cf. aussi Colmar 25 janvier 1926, *Revue jur. Als. Lorr.* 1926.263). Cette solution paraît juste en ce qu'il s'agit ici d'un caractère attaché à la personne qui la suit dans tous ses actes, et non pas d'une catégorie d'actes définis par leurs caractères intrinsèques, abstraction faite de la personne qui les accomplit. Le concept d'incapacité naturelle vient très heureusement assouplir ce que le concept civiliste d'incapacité a d'insuffisant, pour les besoins du droit international privé (n. 295). Il est très sûr en droit civil que sont seuls incapables ceux que la loi déclare tels; il n'existe donc que des incapacités légales. Néanmoins, si la loi dispose des aliénés non interdits, ni internés, si brièvement que ce soit, c'est pour les protéger. La circonstance que cette protection est trop embryonnaire civilement pour être qualifiée incapacité n'empêche pas que sa nature n'appelle l'application de la loi personnelle (1).

La portée pratique de cette intéressante question est d'ailleurs limitée. Sous des modalités diverses toutes les législations admettent l'incapacité légale des mineurs et au moins la possibilité d'attaquer pour aliénation mentale les actes d'un individu légalement capable. L'application de la loi personnelle ne risque donc pas en fait de donner effet aux actes d'un fou ou d'un enfant; l'arme de l'ordre public resterait au surplus disponible à l'encontre des modalités qui nous paraîtraient insuffisamment protectrices (2).

(1) La tentative de Pillet, d'identifier le statut personnel et les lois de protection individuelle pêche par défaut (n. 234) en ce que les lois visant essentiellement la protection individuelle sont extrêmement rares et que sa définition est donc trop étroite. Mais une loi essentiellement protectrice d'un individu en raison de son caractère est assurément personnelle en ce qu'elle appelle la permanence (le souligné vise à exclure les vices du consentement qui protègent un individu dans des circonstances particulières, à un acte et non en raison d'un caractère permanent de sa personne).

(2) On peut imaginer une majorité fixée à un âge indûment précoce par quelque coutume subtropicale n'envisageant pas les actes juridiques importants de la civilisation.



416. Incapacités civiles légales et judiciaires. Exclusion des incapacités pénales et politiques. — Les incapacités entrant dans le statut personnel sont toutes celles que prévoit la loi nationale, qu'elles soient purement légales, c'est-à-dire attachées d'office à un fait comme la minorité ou le mariage, ou qu'elles soient judiciaires, c'est-à-dire subordonnées par la loi à la constatation en justice d'un état de fait comme la démence ou la prodigalité. La Cour de cassation l'a nettement décidé pour les incapacités établies par un jugement français : les actes accomplis par l'incapable, même à l'étranger, sont nuls à dater du jugement. (Req. 6 juil. 1868, S. 68.1.325; v. de même Amiens 6 déc. 1888, G. P. 89.1.612).

Le respect des incapacités établies par jugement étranger suppose que le jugement étranger puisse avoir effet en France, ce que décident les règles sur les conflits de juridiction, donc qu'il ait au fond respecté la loi personnelle de l'intéressé, conformément à nos règles de conflits de lois (1); les effets en France des jugements étrangers seront étudiés ultérieurement (n. 773), la règle de conflit de lois étant seule posée ici.

Les incapacités résultant de jugements étrangers sont souvent de source pénale même quand leur nature est purement civile, comme la double incapacité de disposer et recevoir à titre gratuit dont sont frappés les condamnés aux peines perpétuelles. Le principe que la loi pénale est sans effet hors de son territoire conduit à refuser de considérer comme incapable en France l'individu frappé à l'étranger d'une incapacité civile en raison d'une condamnation pénale (2). La Cour de cassation a même admis par réciprocité qu'un Français frappé en France de mort civile

sation européenne. Pour les aliénés, la loi française requérant la preuve de la folie au moment de l'acte paraît relativement exigeante; contre une loi étrangère qui en demanderait plus encore, par exemple la preuve résultant de l'acte lui-même, le remède de l'ordre public resterait possible. Il ne saurait au contraire décernement s'opposer à une loi plus protectrice, comme le montre l'arrêt précité de la Cour de cassation. Dans cette affaire, il s'agissait de l'applicabilité de l'art. 504 C. civ. interdisant d'attaquer les actes de l'aliéné décédé sans que son interdiction ait été demandée. M. Lerebours-Pigeonnière (*loc. cit.*) admet la compétence de la loi personnelle en l'occurrence parce que l'art. 504 sanctionne l'incertitude de la famille. Mais s'agit-il vraiment d'une règle familiale? Ou n'est-ce pas plutôt une limitation, dans l'intérêt des tiers, à la protection de l'aliéné? Elle s'impose même à un légataire universel non parent qui recueille les actions du défunt, notamment ses actions en nullité. La matière apparaît bien comme protectrice de l'individu, donc comme ressortissant au statut personnel, même si la loi civile n'organise méthodiquement la protection qu'en cas d'interdiction. Et il paraît difficile d'appliquer la loi personnelle à la limitation de la protection sans l'appliquer à son ensemble.

(1) On confond souvent les deux plans en disant que si un étranger interdit dans son pays peut invoquer son incapacité en France, c'est parce qu'il appartient à ses juges nationaux de l'interdire, le statut personnel étant régi par la loi nationale. En réalité la règle de compétence judiciaire est indépendante de la règle de conflit de lois. Un Anglais peut parfaitement se prévaloir en France d'une incapacité établie en sa faveur par un tribunal allemand, si celui-ci était compétent en raison de son domicile et a appliqué la loi anglaise, conformément à notre règle de conflit.

(2) V. Caen 16 mai 1846, D. P. 47.2.33, S. 52.1.417; a fortiori en est-il de même pour les Français condamnés à l'étranger, Douai, 2 déc. 1911, J. 1912.215; *Addé Rép. de dr. int. v. Interdiction*, par Savatier n. 51 et les références. Cf. dans un sens particulièrement rigoureux Req. 16 mai 1849, S. 49.1.478. V. cep. en sens inverse le *Rép. de dr. int., v. D. pénal international* par Nachbaur, n. 161 et les résolutions de l'Institut de droit international, Session de Stockholm, 1928, art. 6, *Annuaire*, t. 34, p. 754. Sur les peines privées v. au contraire ci-dessus n. 251.



peut valablement ester en justice à l'étranger ou s'y marier (1). Enfin, inversement, l'étranger condamné pénalement par les tribunaux français est soumis aux incapacités civiles attachées par la loi pénale française à sa condamnation (2).

Les incapacités civiles établies à l'étranger pour des motifs politiques sont également sans effet en France. La jurisprudence a eu l'occasion de le décider à propos de membres de familles régnantes ayant fait l'objet d'une mesure individuelle du souverain restreignant leur capacité civile (3). De même la mort civile dont ont été frappés les émigrés sous la Révolution a été déclarée sans effet sur leurs actes passés à l'étranger (Req. 7 janvier 1806, S. chr.) (4).

On en dira de même pour les incapacités d'origine sociale, raciale ou religieuse. Toute mesure contraire à l'égalité devant la loi paraît en France exorbitante du droit civil et de nature politique; c'est sans doute un motif suffisant pour l'écarter au nom de l'ordre public; mais la prohibition d'un mariage pour différence de culte, de race ou de classe sociale apparaît dans beaucoup de pays comme aussi indispensable aux buts civils du mariage que la fixation d'un âge de la puberté, la prohibition de l'inceste ou l'exigence du consentement des parents. Sans contester qu'il puisse exister des incapacités civiles d'origine politique (comme celles qui frappèrent les émigrés sous la Révolution) nous pensons qu'il ne faut pas attribuer cette qualification à toute législation procédant d'une conception civile du mariage différente de la nôtre. Si cette conception nous paraît inadmissible, c'est la notion d'ordre public qui intervient.

**417. B. Limite d'application de la loi personnelle.** L'ignorance excusable de la loi étrangère. — Si le principe de la compétence de la loi personnelle en matière de la capacité n'est pas contesté, son application reçoit cependant une limitation importante par le système de l'ignorance excusable de la loi étrangère.

Ce système se trouve dans une série de décisions dont la plus célèbre est l'arrêt de principe de la Cour de cassation dans l'affaire *Lizardi*. Lizardi, sujet mexicain, âgé de 23 ans, avait souscrit 80.000 frs de billets en règlement d'achat de bijoux chez un commerçant parisien. Poursuivi en paiement il excipa de ce que, la loi mexicaine fixant la majorité à 25 ans, ses engagements étaient nuls pour cause de minorité. La Cour de cassation approuva les juges du fait de ne l'en avoir pas moins condamné à payer, au motif « que dans ce cas le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et les dispositions con-

(1) Req. 7 janvier 1806. S. chr. (instance en justice); cf. moins nettement d'ailleurs pour le mariage Req. 16 juin 1839, D. P. 29.1.272, S. chr.; *contra*, Douai 22 fév. 1812, S. 14.2.12.

(2) Grenoble 14 juin 1892, D. P. 93.2.436 réformant sur ce point Trib. Gap 16 févr. 1892, Gaz. Trib. 8 mai 1892. Mais on a organisé conformément à sa loi personnelle la tutelle d'un Italien interdit légal en raison d'une condamnation pénale française (Trib. Tunis 9 janv. 1907, J. 1908.1143), ce qui ne paraît pas s'imposer. V. sur l'ensemble de la question Hugueney R. 1909.800.

(3) Paris 16 janv. 1836, S. 36.2.70; Paris 26 nov. 1850; S. 50.2.166; Seine 7 mai 1873, J. 1875.20.

(4) La même idée a été invoquée pour refuser effet en Belgique à la loi allemande prescrivant à peine de nullité l'autorisation hiérarchique pour le mariage des militaires (ci-dessous, n. 433). Mais il ne s'agit pas d'une incapacité générale.



cernant notamment la minorité, la majorité... qu'il suffit alors pour la validité du contrat que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ». (Req. 16 janv. 1861, D. P. 61.1.193, S. 61.1.305) (1).

On a généralement expliqué cette solution par l'idée que l'« intérêt national » s'oppose à ce que le cocontractant français soit lésé par l'application de la loi étrangère (2). Sous cette forme, qui a longtemps donné son nom à la solution, la raison porte trop, car elle revient à identifier l'intérêt général, auquel doit pourvoir la loi, et celui du Français, autrement dit à préférer en tout état de cause l'intérêt du Français à celui de l'étranger. On ne saurait l'admettre sans déni de justice; l'hypothèse fait bien apparaître que le droit international privé tranche des litiges entre particuliers dont les intérêts sont en eux-mêmes également respectables. Aussi cette explication a-t-elle été fortement et justement contestée (3).

On a proposé d'y voir l'intervention de l'ordre public (Bartin, *Principes*, II, § 234), mais ce remède, de nature exceptionnelle, doit être réservé à des lois étrangères, dont le contenu est incompatible avec notre civilisation, ou une certaine politique législative, ce qui n'est pas le cas pour la fixation de l'âge de la majorité, type de la détermination relativement arbitraire sur laquelle la divergence des législations est des plus légitime. On a aussi suggéré (Niboyet, *Manuel*, n. 600) d'expliquer la solution par l'idée d'enrichissement sans cause: l'étranger est soumis à la loi française en ce qu'elle prohibe de s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui parce qu'il a agi en France. Et il est certain que cette source extra contractuelle d'obligations est régie par la loi du lieu où elle survient. De fait les arrêts relèvent souvent l'enrichissement de l'incapable étranger, mais ce n'est pas toujours le cas, et il apparaît bien que le sens de jurisprudence critiquée est de protéger le Français, même si l'incapable ne s'est pas enrichi. Les incapables français sont d'ailleurs eux-mêmes tenus dans la mesure de leur enrichissement: si cette explication était exacte, il n'y aurait donc rien de particulier aux incapables étrangers.

L'explication véritable de l'arrêt Lizardi, dont il semble difficile de méconnaître le bien fondé, se trouve dans ses motifs mêmes: un Français est excusable d'ignorer la loi étrangère. Il y a là une explication et non pas un simple motif d'équité qui violerait sans justification le principe de la soumission du statut personnel à la loi nationale. En effet, nul sans doute n'est censé ignorer la loi, mais la loi française a seule en France la valeur d'une loi proprement dite; la loi étrangère y apparaît à titre d'élément de fait que le juge n'est pas tenu de connaître: il est donc légitime que les particuliers, eux-aussi, ne soient pas tenus

(1) La question avait déjà été résolue dans le même sens par Paris 15 mars 1831, D. P. 31.2.112, S. 31.2.237; 17 juin 1834, S. 34.2.371; 15 octobre 1834, S. 34.2.657.

(2) Valette sur Proudhon, t. I, p. 83 et s.; Demolombe, t. I, n. 102; Massé; note au S. 1861.1.305; Valéry, *Manuel*, n. 600, p. 856.

(3) Weiss, 2<sup>e</sup> éd. III, p. 164; Audinet, 2<sup>e</sup> éd. n. 323; Despagnet, 5<sup>e</sup> éd. par de Boeck, n. 232; Surville, 7<sup>e</sup> éd. n. 151; Pillet, *Traité pratique*, I, n. 241; Niboyet, *Manuel*, 3<sup>e</sup> éd. n. 600. Sur les opinions diverses émises en la matière dans l'ancien droit, v. Lainé, *Introduction*, I, p. 205, 217, II, p. 197.



de le connaître au même titre que la loi française. La connaissance du droit est obligatoire, la connaissance des faits ne l'est pas dans les mêmes conditions (1). Les arrêts n'ont pas dit autre chose.

Cette explication n'anéantit pas le principe de la soumission du statut personnel à la loi nationale car l'ignorance de la loi étrangère ne sera pas toujours excusable. Elle ne le sera pas notamment pour des actes importants telles les ventes d'immeubles où les cocontractants peuvent, donc doivent, prendre le temps de renseigner. Elle ne le sera pas non plus quand les deux cocontractants appartiennent à la même nationalité; mais elle le sera, à notre sens, quand l'incapable étranger aura traité en France avec un étranger d'une autre nationalité: la loi française doit être connue de tous en France, mais elle seule doit l'être; quand les tribunaux visent l'erreur du « Français » on peut admettre qu'ils considèrent le « *plerumque fit* » (2). Enfin l'erreur sur la loi étrangère ne sera pas non plus excusable, ainsi que le suggèrent des arrêts récents, quand les circonstances de fait, par exemple la fréquence des opérations avec des étrangers d'une certaine nationalité, devaient amener le cocontractant prudent à se renseigner. V. p. ex. Chambéry 29 janv. 1934, G. P. 1934.1.629, J. 1934.11178, R. 1935.133, pour un banquier d'Annecy traitant avec une femme mariée suisse (3). Comme il s'agit de la connaissance d'un fait, les tribunaux ont à apprécier la prudence et la diligence d'un chacun *in concreto*. Adde ce qui sera dit *infra* n. 773 des incapacités établies par jugement étranger.

418. **Sens de cette jurisprudence. Qualification de la capacité.**  
**Le problème en droit comparé.** — Cette jurisprudence manifeste la difficulté indéniable qu'offre l'application de la loi personnelle à la capacité: cette dernière notion intervient dans l'exécution d'actes courants auxquels ne conviennent pas les recherches sur des lois étrangères comme il est possible d'en entreprendre pour la célébration d'un mariage ou le prononcé d'un divorce.

Aussi la capacité est-elle distinguée dans certains pays de l'état des personnes et régie par la loi de l'acte juridique, le plus souvent un contrat, dans lequel elle intervient. C'est le cas aux Etats-Unis et, semble-t-il, en Russie soviétique (v. R. 1934.741). En Italie, les contrats

(1) On a judicieusement observé (Planiol, Ripert et Boulanger, n. 185) que l'autorité de la loi ne dépendant pas de l'assentiment des intéressés, mieux valait substituer à la présomption de connaissance (d'ailleurs ouvertement abusive en effet) la notion qu'on ne peut sous prétexte d'ignorance écarter l'application d'une loi. Cette interprétation concorde avec celle qui est donnée au texte: la loi française seule s'impose avec l'autorité qui doit écarter l'excuse d'ignorance.

(2) La solution a d'ailleurs été appliquée au moins une fois entre étrangers: v. Paris 15 oct. 1834, S. 34.2.657. L'article 7 de la loi d'introduction au B. G. B. joue même quand le contractant capable est étranger.

(3) V. aussi Chambéry 23 juil. 1934, G. P. 1934.2.725, J. 1935.352, également pour une femme mariée suisse. Les arrêts d'ailleurs ne sont pas rares qui annulent les engagements d'incapables étrangers au nom de lois différentes de la loi française sur l'âge de la majorité ou sur un autre point. V. par ex. Seine 2 juillet 1878, J. 78.502; pour l'incapacité velléienne Req 29 déc. 1896, J. 98.555; Paris 16 nov. 1898, J. 99.364; pour les formalités habilitantes, Aix 4 mars 1890, J. 91.1202; Paris 16 nov. 1898, D. P. 99.2.239; cf. pour le même Lizardi dans une autre affaire Paris 20 fév. 1858, S. 61.1.305 en sous note; et nos observations, *Conflits de lois en matière de contrats*, p. 331 note 2.



commerciaux ont été soumis impérativement à la loi du lieu de leur conclusion (art. 58 C. Com.) et cette règle est comprise comme englobant la capacité. En Angleterre, d'importants auteurs opinent en ce sens, mais la jurisprudence ne s'est pas encore nettement prononcée (1).

Mais ces solutions méconnaissent le lien inéluctable de la capacité et du statut personnel: la minorité ou l'interdiction pour remplir leurs rôles doivent être des qualités stables qui ne soient pas à la merci du passage d'une frontière. Aussi est-il frappant de voir comment, même aux Etats-Unis où l'exclusion de la capacité du statut personnel est affirmée de la manière la plus générale, il est impossible d'éliminer toute influence de la loi personnelle (2).

Plusieurs législations à l'exemple du Code civil allemand (art. 7, § 3 de la loi d'introduction) ont décidé que l'étranger ne peut se prévaloir d'une incapacité ignorée de la loi du lieu du contrat (3). De même les Conventions de Genève du 7 juin 1930 sur les conflits de lois en matière de lettre de change et du 19 mars 1931 en matière de chèques réputent (art. 2) capable celui qui est incapable en vertu de sa loi nationale « si la signature a été donnée sur le territoire d'un pays d'après la législation duquel la personne aurait été capable » (V. aussi la réserve de l'art. 2 al. 3 au profit des pays tiers; le projet de la Société d'Etudes législatives, *Bull. de la Sté* 1930.175 et les résolutions de l'Institut de droit international, session de Cambridge, 1931, au rapport de M. Niboyet, *Bulletin de l'Institut* 1931.163; le projet du Comité français de droit international privé de 1939, R. 1946.345). Cette formule ne supprime pas totalement la soumission de la capacité au statut personnel en ce que l'étranger capable d'après sa loi nationale pourra valablement s'engager bien que la loi du lieu du contrat le déclare incapable, mais elle réduit en quelque sorte de moitié son champ d'application. La solution française sauvegarde mieux le principe.

Elle a par contre l'inconvénient de sa souplesse, à savoir l'incertitude. Mais il est frappant de constater le petit nombre de décisions qu'a provoquées ce problème (4). Il faut observer que la question s'élude d'elle-même dans les affaires au comptant dont la validité n'est jamais mise en cause, et que les tractations plus importantes laissent suffisam-

(1) V. sur tous ces points pour les références, H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n. 365, 368 et 379. La solution américaine était déjà adoptée par Story. *Addé* pour l'influence de la loi personnelle aux Etats-Unis, l'hypothèse envisagée par Beale, *Conflict of laws* II, p. 662 *in fine*; sur les difficultés de l'application de la loi nationale à la capacité Graulich, *Mélanges Mahaim*, II, p. 644.

(2) V. H. Batiffol, *loc. cit.*, n. 366; Rabel, p. 194. *Addé* les décisions citées par J. Donnedieu de Vahres, thèse, p. 514, qui critique aussi (p. 510) la solution américaine.

(3) V. Loi suédoise du 8 juillet 1904, art. 5; Code civil suisse, art. 61; loi polonaise du 2 août 1926, art. 3; Code civil italien de 1939, art. 17; Les codes civils allemand et suisse réservent les actes relatifs aux rapports de famille, aux successions, aux immeubles sis à l'étranger. Le Code civil italien y ajoute les donations. V. sur le droit suisse, Carasso, thèse, Lausanne, 1931. Sur le code prussien de 1794 préférant la loi qui assure la validité du contrat, v. Gutzwiller, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1929.IV.336.

(4) *Addé* aux arrêts déjà cités, Paris 10 juin 1879, J. 79.488; Paris 8 fév. 1883, D. P. 83.2.25, S. 83.2.169, J. 83.290; Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1886, *La loi* 7 juil. 1886; Aix 30 avril 1887, *Bull. d'Aix* 88.62; Paris, 22 juil. 1933, S. 1933.2.230, J. 1934.910; ce dernier arrêt relève pour excuser le contractant capable de son erreur sur la loi roumaine qu'un tribunal français avait récemment interprété cette loi dans le sens invoqué par ce plaideur et que la Cour estime erroné (portée de l'autorisation maritale).



ment le temps de se renseigner. Assurément il y a des catégories intermédiaires, mais la rareté des difficultés est un fait: il est à opposer aux auteurs, notamment anglo-saxons, qui arguent de l'arrêt Lizardi pour déclarer que la loi nationale est inapplicable en fait à la capacité. Que les besoins du commerce soient en conflit avec la protection des incapables, rien n'est plus sûr, mais c'est aussi le cas en droit interne. En droit international privé la protection des incapables est assurée par le statut personnel et les intérêts du commerce par la loi du contrat; en admettant que les intérêts du commerce ne puissent s'accommoder du jeu ordinaire de la loi personnelle, il paraît légitime de chercher une transaction entre les deux exigences. C'est ce qu'a trouvé la jurisprudence française; le renvoi l'y aide aussi.

On observera d'ailleurs que les surprises sont encore plus à craindre dans le cas d'incapacités établies par jugements étrangers, ces jugements n'étant pas publiés en France et y produisant leurs effets sans exequatur: la jurisprudence n'en a pas moins maintenu le principe de la protection de l'incapable tout en admettant certains tempéraments (n. 773).

On pourrait sans doute concevoir autrement la transaction ainsi que le montre le droit comparé. Mais comme on l'a vu, le système allemand sacrifie trop, à notre sens, le principe de la protection de l'incapable par sa loi personnelle; le système italien repose sur la distinction des contrats civils et commerciaux qui est bien incertaine en droit français (1). On peut aussi concevoir la soumission de la capacité à la loi du domicile tandis que l'état des personnes resterait soumis à la loi nationale (v. les Travaux du Comité français de Droit international privé, 1934 p. 21 et s. et notre rapport; cf. le rapport de M. Audinet sur la capacité de la femme mariée, *ibid.* 1936-37.89), mais on sait que la loi du domicile n'est pas toujours celle du lieu où on contracte; les surprises, tout en diminuant, ne seraient donc pas éliminées et le système aurait l'inconvénient sérieux de rompre l'unité du statut personnel. Le système de la jurisprudence française paraît encore le plus satisfaisant, étant donné surtout la rareté des hypothèses dans lesquelles il joue.

(1) On peut cependant observer que dans la mesure où l'excuse est plus facilement admise pour les contrats rapides, c'est-à-dire commerciaux, le système français est proche du système italien. Et relevons que l'article 7 de la loi d'introduction au B. G. B. excepté de ses dispositions les actes relatifs au droit de la famille et des successions et aux immeubles sis à l'étranger. Mais le système français permet d'annuler un contrat commercial abusif qui laisse en fait au contractant capable le temps de se renseigner. L'incertitude due à sa souplesse est acceptable en raison de la rareté de ses applications. On a néanmoins proposé de soumettre la capacité du commerçant (mais non celle d'accomplir un acte de commerce) à la loi de son domicile, et on peut alléguer de bonnes raisons à l'appui (v. les Travaux du Comité français de dr. int. privé 1935, p. 152 et s. 169 et nos rapports). Mais la réforme ne résoudrait pas le cas Lizardi où la surprise provient précisément de ce que l'incapable étranger n'est pas établi en France; et d'autre part l'exercice d'un commerce en France par un incapable étranger qui ne serait pas en règle avec sa loi personnelle par les habilitations convenables est-il un cas si à craindre qu'il mérite une complication nouvelle? V. cep. pour la scission du statut personnel entre la nationalité et le domicile von Steiger *Der Wohnort als Anknüpfungsbegriff im I. P. R.*, Berne 1934.

Pour l'application de la loi personnelle aux actes du droit de la famille et de la loi du contrat aux autres, v. Rabel, p. 191, qui distingue aussi entre les ignorances plus ou moins justifiées.



419. C. Portée d'application de la loi personnelle à la capacité. Sanctions de l'incapacité. — La loi personnelle étant en principe applicable détermine essentiellement les actes que l'incapable ne peut accomplir seul, et ceux que par exception il pourra passer par lui-même. La question de savoir comment seront passés en son nom, ou avec quelles autorisations, les actes de la première catégorie ressort à l'organisation de la protection et sera examinée plus loin (§ 2).

Dès maintenant il importe d'ajouter que la loi personnelle détermine également la sanction de l'incapacité, c'est-à-dire l'organisation de la nullité: personnes habiles à l'invoquer, délai d'exercice de l'action (Trib. Tunis 12 juin 1896, *Rev. Algér.* 96.429), possibilité et conditions de confirmation de l'acte nul, exigence de la preuve de la lésion. Les effets de la nullité sont encore de la compétence de la loi personnelle dans la mesure où l'acte est partiellement maintenu, par exemple dans la mesure de l'enrichissement de l'incapable (v. Alger 16 mai 1892, *Rev. Algér.* 92.285), car il s'agit de l'étendue de la sanction. Les conséquences de la nullité totale (restitutions, dommages-intérêts) nous paraissent au contraire relever de l'enrichissement sans cause ou de la faute commise, donc dépendre de la loi du lieu où le contrat a été passé. Cf. Civ. 23 fév. 1891, D. P. 92.1.29. De même le maintien du contrat en cas de dol commis par l'incapable dans sa conclusion nous paraît relever de la loi du lieu du contrat, non de la loi personnelle de l'incapable, car cette mesure est la sanction du délit, l'exécution du contrat n'est qu'un mode de réparation.

420. Conflits dans le temps. — L'application de la loi personnelle à la capacité soulève un conflit dans le temps en cas de changement de nationalité. Il se résout naturellement par l'application pure et simple du statut de la nouvelle nationalité: le mineur acquérant une nationalité dont la loi le déclare déjà majeur, devient aussitôt majeur. Mais dans l'hypothèse inverse, le Code civil allemand (Loi d'introduction, art. 7 § II) maintient sa capacité à l'étranger majeur qui devient allemand avant l'âge de la majorité en Allemagne. Cette solution, pratique pour éviter la succession de trois changements d'état, ne paraît pas pouvoir être adoptée sans texte en France (en ce sens, *Bartin*, II, § 236).

Les incapacités établies par jugement cesseront aussi avec les changements de nationalité, bien que leur cause pathologique subsiste, si la loi nouvelle ignore l'incapacité, ce qui est le cas, par exemple, des droits anglo-saxons quant à la prodigalité (Req. 11 nov. 1941, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1943.97), ou même si elle la protège autrement (1). Il y aurait là assurément un danger de voir l'incapable échapper à la

(1) V. Trib. Seine 10 nov. 1905, G. P. 1906.1.111; J. 1906.145; 31 déc. 1910, 6 mai 1911, R. 1911.348. On doit ajouter que la protection provisoire d'un étranger peut toujours s'exercer selon la loi française (v. ci-dessous n. 424). V. Seine 3 août 1888, *Le Droit*, 7 fév. 1889, décidant que le conseil judiciaire nommé en France à un Français cesse ses fonctions quand le prodigue devenu Suisse a été mis en tutelle en Suisse. Le tribunal doit se placer à la date du jugement pour déterminer la loi applicable. V. pour un Français devenu étranger après l'assignation en dation du conseil judiciaire Lyon 6 mars 1889, G. P. 89.1.580.



protection qui lui a été imposée, mais le système de la fraude à la loi est précisément institué pour y pourvoir (1).

## § 2. — PROTECTION DES INCAPABLES.

421. **Généralités.** — La protection des incapables étant nécessairement liée à l'existence même de leur incapacité, il ne fait aucun doute, au moins dans l'Europe continentale, que la matière n'entre elle aussi dans le statut personnel.

Cependant cette protection, étant le plus souvent réalisée au moyen de l'organisation familiale (puissance paternelle, conseil de famille...), la difficulté des *lois personnelles différentes* chez les membres d'une même famille est à envisager.

D'autre part, les institutions de protection concernent dans la majeure partie de leurs dispositions *l'administration des biens* de l'incapable; aussi les pays anglo-saxons leur appliquent-ils purement et simplement la loi de la situation de ces biens (n. 423). Dans les pays continentaux qui maintiennent l'empire de la loi personnelle, il faut encore déterminer le domaine de cette loi vis-à-vis de la loi réelle qui reste applicable au régime des biens.

Enfin les institutions de protection établissent des représentants ou assistants, des assemblées de parents ou autres, dont la désignation, la mise en mouvement et le contrôle, exigent fréquemment *l'intervention de justice*, quand ce n'est pas la justice elle-même qui est chargée de la protection. Il y a donc lieu de prévoir la coordination de la loi personnelle de l'incapable et de la loi du for saisi.

On examinera successivement ces trois séries de problèmes.

422. **A. Détermination de la loi personnelle compétente en cas de différence de nationalités entre l'incapable et son protecteur. Distinction de la puissance paternelle et des autres institutions de protection.** — Si l'incapable et son protecteur (père, tuteur, curateur, conseil judiciaire...) sont de nationalités différentes, la doctrine, la jurisprudence, et au besoin la législation, sont généralement d'accord en France comme à l'étranger pour appliquer en principe la loi personnelle de l'incapable (2).

La raison en est que la protection est instituée dans l'intérêt de

(1) V. Alger 29 mars 1893 *Revue Alger* 93.225 : l'indigène interdit pour prodigalité cesse de l'être à dater de sa naturalisation française parce que la loi française ne protège pas les prodigués par l'interdiction. La Cour de Limoges (26 juin 1939, R. 1939.461) a jugé que le conseil judiciaire donné à un Autrichien perd ses pouvoirs si ce dernier devient Américain, et ne les recouvre pas de droit si le prodigue fixe son domicile en France, malgré le renvoi.

(2) Civ. 2 juin 1908, D. P. 1912.1.457, S. 1911.1.385; pour les auteurs, v. le *Rép. de dr. int.* v. *Tutelle* par Paul Guyot m. 22; Lerebours-Pigeonnière, n. 352, p. 422; Niboyet, *Manuel*, n. 674, sous les réserves ci-dessous; Bartin, note au D. P. 1901.2.267 col. 1; en législation v. l'art. 23 de la loi d'introd. au B. G. B.; l'art. 11 du C. civ. italien de 1939; l'art. 84 du Code Bustamante; pour l'Espagne v. Trias de Bes, *Derecho int. priv.*, n. 151 et les décisions citées.



l'incapable et n'est plus en aucune façon, comme dans le droit romain primitif, une prérogative pour le protecteur. Si certaines de ses règles tendent à mesurer et limiter la charge imposée à ce dernier, elles ne modifient pas la raison d'être fondamentale de l'institution. Par suite, et pour assurer l'homogénéité du système, la loi de l'incapable doit s'appliquer même aux *excuses et incapacités* invoquées par le tuteur pour se décharger de la tutelle; il ne s'agit pas en effet, malgré les termes, d'une *incapacité* à accomplir des actes dans son intérêt personnel, ce qui justifierait la compétence de la loi nationale du tuteur, mais d'*aptitude* à exercer des fonctions dans l'intérêt d'autrui; la loi qui organise ces fonctions est juge des conditions d'aptitude qu'elle y requiert, de même que le droit civil interne admet un particulier à prendre comme représentant un incapable (1). Il faut en dire autant de la possibilité et des conditions de la *rémunération* du tuteur; elles dépendent de la loi personnelle du mineur, parce que, comme on l'a judicieusement observé, il s'agit toujours d'obtenir, soit par le désintéressement, soit par une juste compensation, suivant les cas, la meilleure administration des biens du mineur; v. Fedozzi, *op. cit.*, p. 510; Arminjon, *Précis*, III, p. 68. La question fait en tous cas partie du statut personnel, Alger, 1<sup>er</sup> mars 1899, *Rev. Algér.* 99.386. De même enfin, l'existence de l'hypothèque légale dépend de la loi personnelle du mineur parce que c'est un élément organique de l'institution de la tutelle (2).

Mais les raisons qui précèdent n'ont plus la même portée quand l'institution de protection est la *puissance paternelle*. Il ne s'agit plus ici de l'intérêt personnel de l'incapable, mais de l'organisation de la famille. Un signe manifeste en est l'importance minime des règles relatives aux biens par rapport à celles qui concernent le gouvernement de la personne du mineur en régime de puissance paternelle; elle est à peu près l'inverse de celle qui s'observe dans la tutelle; et le contraste s'explique: la première mission de la famille est l'éducation des enfants, c'est à cette fin qu'est instituée la puissance paternelle; la famille disloquée par le décès, la tutelle tente, tant bien que mal, de la suppléer, mais la tâche dont elle s'acquitte le moins mal est la gestion des biens, laquelle prend de l'importance quand l'enfant hérite de ses parents alors qu'elle n'en avait normalement aucune auparavant.

Il suit de là que la loi applicable à la puissance paternelle est celle qui gouverne les relations de famille. Si le chef de celle-ci et certains

(1) Nous ne faisons pas pour autant appel à l'idée que la tutelle serait une fonction publique; le raisonnement énoncé au texte paraît suffire. V. cependant en faveur de la loi personnelle du tuteur Niboyet, *Manuel*, p. 784, Bartin note au D. P. 1901.3267, col. 1. Certains auteurs cumulent les deux lois personnelles, au moins pour ces dispenses. V. Fedozzi, *Dtr. int. priv.* p. 509; v. aussi en ce sens le Code Bustamante, art. 86.

(2) V. cependant pour la loi du tuteur Trib. Nancy 6 août 1895, *Rec. Nancy* 95.249; mais v. pour la loi gouvernant la tutelle Bordeaux 23 juil. 1897, S. 1900.289, G. P. 972.392 cité *infra* p. 439. Le changement de nationalité de l'incapable entraîne la substitution de la protection prévue par sa nouvelle loi personnelle à celle qu'établissait l'ancienne (v. n. 420). On peut néanmoins admettre au nom de l'ordre public la survie du système ancien jusqu'à l'établissement effectif du nouveau (cf. n. 425). Il a cependant été jugé qu'un mineur français devenu étranger pouvait encore invoquer l'hypothèque légale de la loi française sur les biens sis en France de son tuteur, Rouen, 27 juil. 1932, J. 1933.645. V. pour une explication possible de cet arrêt, nos observations R. 1934.623.



de ses membres sont de nationalités différentes, la loi du premier paraît devoir être préférée, comme il sera expliqué ultérieurement dans l'étude de la famille qui comprendra celle de la puissance paternelle (n. 489). Et de fait, la Cour de cassation a décidé à deux reprises que des parents français exercent la puissance paternelle sur leurs enfants étrangers conformément à la loi française, notamment quant au droit de jouissance légale (Civ. 13 janv. 1873, D. P. 73.1.297, S. 73.1.13; Civ. 14 mars 1877, D. P. 77.1.285; S. 78.1.25; voir aussi Paris 28 juin 1889, J. 90.329). On peut légitimement se demander si la haute juridiction ne s'est pas laissée influencer par la circonstance que les parents étaient de nationalité française dans les deux espèces (c'est l'interprétation de M. Lerebours-Pigeonnière, p. 422 et de M. Marty, *Rép. de dr. int.*; V<sup>o</sup> *Puissance paternelle* n. 28, favorable à la loi de l'enfant); mais il faut observer que la Cour de Bordeaux a refusé à des mineurs français après le décès de leur mère, l'hypothèque légale sur les biens de leur père italien, par application de la loi personnelle de ce dernier (Bordeaux 23 juil. 1897, S. 1900.1.89; J. 97.1028, G. P. 97.2.392. V. aussi pour la loi du père Nancy 6 août 1895, J. 96.619) (1). Il est en tous cas parfaitement légitime en cas de coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle sur la tête du parent survivant, de faire prévaloir le régime de la puissance paternelle puisque la tutelle n'en est qu'une suppléance; l'inconvénient de deux règles différentes se rachète donc par cette solution nette.

Assurément la puissance paternelle est instituée dans l'intérêt des enfants, elle n'est plus un pouvoir personnel au profit du père comme le *patria potestas* du droit romain, mais au delà des enfants, c'est la famille que le législateur considère: dans les cas normaux, les deux intérêts sont identiques, mais quand la famille se disperse, la protection de l'incapable subsiste seule, et cette différence de perspective explique la différence des solutions en droit international privé (2).

423. B. Domaines respectifs de la loi personnelle et de la loi réelle dans l'administration des biens de l'incapable. Ventes et partages amiables. Formalités habilitantes. — L'importance de l'administration patrimoniale dans la protection des incapables a conduit notre ancien droit à soumettre l'ensemble de l'institution à la loi de la situation des biens. V. Froland t. I, p. 784-785 et l'acte de notoriété du Châtelet du 18 janvier 1701. Et c'est encore la solution qui est en vigueur dans les pays anglo-saxons. (V. Pillet, *Traité pratique*, I, n. 337; *Rép. de dr. int.* v<sup>o</sup> *Tutelle des mineurs*, par Paul Guyot, n. 14). L'inconvénient de la multiplicité des tutelles, au cas où l'incapable a des

(1) Les arrêts qu'on cite en faveur de la loi de l'enfant (v. le *Rép. de dr. int.* v<sup>o</sup> *Puissance paternelle* n. 40) concernent ou des enfants naturels ou des enfants légitimes de même nationalité que leurs parents, leur autorité se réduisant alors à celle de simples motifs. V. au sujet des enfants naturels la note suivante.

(2) Toutes ces considérations ne valent bien entendu intégralement que pour la puissance paternelle sur les enfants légitimes puisque seul le mariage fonde une famille. Le statut de la puissance paternelle sur les enfants naturels sera étudié avec celui de la puissance paternelle en général. On a simplement voulu montrer ici comment la puissance paternelle qui pourvoit *pro parte* à la protection de l'incapable, peut ne pas obéir à la loi de l'incapable.



440  
biens dans différents pays, est d'ailleurs atténué par la réunion fictive de tout le mobilier au domicile comme en matière successorale. Certains auteurs en concluent même qu'au moins pour les meubles, la tutelle entre dans le statut personnel (Beale, I, § 149).

Le droit français moderne, comme celui de l'ensemble des pays continentaux, maintient le principe de l'unité de la tutelle soumise à la loi nationale. Les comptes de tutelle portent sur l'ensemble du patrimoine, y compris les biens sis à l'étranger, Paris 2 janv. 1936, G. P. 1936.1.551. Assurément la pluralité des tutelles facilite une administration rapide des biens, et notre droit civil interne en porte la trace dans l'institution du protuteur, mais l'unité d'administration est un avantage supérieur que reconnaissent les Anglo-saxons en nommant *en fait* pour les biens sis dans leurs pays le tuteur que désigne la loi nationale de l'incapable (V. Cheshire, p. 306).

La loi réelle n'en garde pas moins sa compétence pour le régime des droits réels sur les biens de l'incapable, et on conçoit qu'une délimitation s'impose. La question s'est présentée en jurisprudence à deux points de vue, celui des opérations amiables, et celui des formalités habilitantes.

La Cour de cassation a décidé, dans l'affaire du *Château de Chambord* (Civ. 13 avril 1932, D. P. 1932.1.89, note Basdevant, S. 1932.1.366, note Audinet, R. 1932.549, conclusions du P. G. Matter) que des mineurs pouvaient être habilités selon leur loi personnelle à partager amiablement un immeuble sis en France. Cette décision, qui consacre la jurisprudence antérieure des juridictions inférieures (1) marque nettement la limitation de la *lex rei sitae* au régime des droits réels. L'aptitude à partager ou vendre amiablement est un élément de l'organisation de l'incapacité, et ressort donc au statut personnel. Il en est de même s'il s'agit des pouvoirs du tuteur à agir à l'amiable: c'est la loi de la tutelle qui les définit. L'intérêt de cette solution, très rationnelle, n'aurait pas besoin d'être autrement souligné s'il n'existait une tendance, que nous retrouverons, à étendre souvent indûment le domaine de la loi réelle (2).

La loi personnelle, ainsi qualifiée pour décider si les biens de l'incapable peuvent être vendus ou partagés à l'amiable, a également compétence pour déterminer les formalités nécessaires à la régularité des actes qui concernent ces biens, et par exemple l'habilitation du tuteur: Civ. 13 juin 1893, D. P. 94.1.169, S. 97.1.508; Civ. 13 avril 1932 précité, cf. Civ. 12 juin 1815, S. 15.1.389.

Mais ces formalités supposeront fréquemment l'intervention d'organismes dont il y a lieu de traiter maintenant.

#### 424. C. Rôle de la loi française de procédure dans la protection des incapables étrangers. — L'établissement et le fonctionnement de

(1) V. Trib. Marseille 3 août 1888, G. P. 89.1. Supp. 48, annulant la vente amiable de meubles appartenant à des mineurs italiens par application des art. 224 et 225 du C. civ. italien exigeant autorisation de justice et emploi; Trib. Bordeaux, 21 juin 1899, S. 1901.2.49; Pau 9 juillet 1907; D. P. 1903.2.68, S. 1909.2.117, J. 1908.183, admettant le partage amiable d'immeubles sis en France.

(2) V. H. Batiffol, *Statut personnel et statut réel, deux arrêts récents*, Sem. jur., 1932. Cf. en un sens favorable à la loi réelle, Audinet, *La succession du duc Robert de Parme et le séquestre du domaine de Chambord* J. 1932.841.



la protection des incapables impliquent fréquemment l'intervention de justice: c'est le tribunal qui décide si un individu est aliéné ou prodigue, c'est lui qui nomme le conseil judiciaire du prodigue, qui contrôle les décisions du conseil de famille.

Dans quelle mesure peut-il remplir ces fonctions à l'égard d'incapables étrangers dont la loi personnelle n'aura pas conçu ces institutions sur un plan identique? Mais d'autre part on peut se demander s'il est possible d'admettre en France le jeu d'organes étrangers tels qu'un conseil de famille ou même un tuteur qui, serait-ce à défaut de tout caractère judiciaire, présentent cependant un aspect institutionnel de nature à limiter leur fonctionnement au territoire du pays qui les organise.

On a effectivement nié la compétence des tribunaux français à l'effet d'établir et de contrôler la protection d'un incapable étranger selon sa loi personnelle (Lerebours-Pigeonnière, 3<sup>e</sup> éd. n. 352; cf. cep. 4<sup>e</sup> éd. p. 430). Nos tribunaux, en interdisant un dément usent, a-t-on dit, d'un *pouvoir propre* qui leur est conféré par la loi française *interne* sur l'interdiction des aliénés, alors qu'ils n'en tiennent pas de semblable de la loi étrangère et ne sauraient d'ailleurs en tenir car il s'agit d'une question de *pouvoir* du juge, de l'étendue de son *imperium*; c'est la loi du for, seule compétente pour fixer la procédure, qui peut donner mission au juge de sortir de la *jurisdictio* de ne pas se borner à dire le droit, mais décider par un jugement constitutif qu'un aliéné sera interdit.

De fait la loi allemande réserve aux tribunaux allemands le monopole de l'interdiction et de l'émancipation des Allemands, et ces mêmes tribunaux ne peuvent interdire les étrangers que selon les règles de la loi allemande (v. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 123); la convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle n'admettait la compétence pour l'établissement de la tutelle d'un étranger que si la loi nationale de l'intéressé ne réservait pas cette compétence à ses propres juges (art. 3 et 4). Sur les dispositions de l'Union scandinave, v. *Z. für ausl. u. int. Privatrecht* 1934.627.

Il ne semble pas que le droit positif français prenne une position aussi tranchée. Dans la mesure où la loi étrangère prévoit une intervention du juge qui n'excède pas les attributions que lui reconnaît la loi française, pourquoi refuserait-on aux parties domiciliées en France l'avantage de s'adresser à la justice française? Le juge français peut donner des autorisations, vérifier des comptes. On ne voit pas pourquoi il ne vérifierait pas des comptes dans des cas non prévus par la loi française, pourquoi il n'autoriserait pas un tuteur étranger à passer tel ou tel acte, conformément à la loi étrangère, bien qu'en droit français son rôle se borne à homologuer les décisions du conseil de famille. De même la loi française lui confie la nomination du conseil judiciaire des prodiges, il pourrait aussi bien nommer un tuteur à un interdit étranger.

Il n'y a donc pas d'obstacle à ce qu'il interdise un étranger conformément à sa loi personnelle si les opérations prévues par la loi étrangère ne le font pas sortir du rôle général que lui confie la loi française. Celle-ci, dans ses dispositions de procédure, lui a donné le pouvoir d'interdire les aliénés, et, dans ses dispositions de conflit, celui d'appliquer les lois étrangères; en interdisant un étranger selon les règles de fond de sa loi personnelle, le juge français reste dans le cadre de ses pouvoirs. L'opinion



opposée paraît considérer le pouvoir d'interdire comme une partie du statut personnel français; mais s'il s'agit justement d'un pouvoir, la matière relève de la procédure, quelles que soient les règles de fond applicables.

Par contre les tribunaux français s'abstiendraient légitimement si la loi étrangère attendait du juge un rôle incompatible avec les pouvoirs que lui confère la loi française, faisant de lui par exemple le tuteur direct de l'incapable.

Suivant ces principes, la Cour de cassation a décidé qu'un tribunal français peut révoquer le tuteur d'un mineur étranger conformément à sa loi personnelle (1). D'une manière générale les tribunaux paraissent admettre leur compétence à l'effet d'interdire un étranger ou lui donner un conseil judiciaire selon les règles de fond de son statut personnel (2). En tous cas, ils donnent des autorisations à des femmes mariées étrangères conformément à leurs lois personnelles (3). On admet généralement que si une loi étrangère prévoit la forme judiciaire pour la vente des biens de l'incapable, cette forme pourra être celle de la loi française si les tribunaux français sont compétents *ratione loci* (V. Niboyet, *Manuel* n. 560 et les références). La loi du 24 juillet 1921 (art. 3) a assimilé le juge cantonal et le tribunal régional d'Alsace au juge de paix et au tribunal de première instance dans leurs fonctions respectives.

Par contre, ils s'abstiendront si la loi étrangère confie une formalité habilitante à un organisme administratif dont le juge français ne saurait jouer le rôle.

Le remède au défaut de concordance des conceptions française et étrangère qui empêche l'intervention des tribunaux français est le recours aux *consuls*. Les conventions consulaires attribuent fréquemment à ces fonctionnaires la protection des incapables étrangers selon les formes de leur loi nationale, et on peut même admettre leur intervention à défaut

(1) Req. 25 avril 1939, S. 1939.1.253. Il s'agissait de mineurs musulmans hindous dont le tuteur avait été révoqué à La Réunion par un conseil de famille composé conformément à la loi française. La Cour d'appel ayant confirmé le jugement homologuant la révocation, le pourvoi lui reprochait d'avoir violé le statut personnel des mineurs qui ignore le conseil de famille. La Chambre des Requêtes répond que la Cour d'appel ayant constaté que le droit musulman prévoit la révocation du tuteur pour incapacité ou infidélité, pouvait prononcer cette révocation « en l'absence de toute autorité musulmane compétente à La Réunion ». Il aurait peut-être pu y en avoir une au titre colonial, mais le sens de l'arrêt est bien que le juge français peut intervenir dans l'organisation d'une tutelle étrangère. Dans le sens de l'adaptation préconisée, v. Reu, *Die staatliche Zuständigkeit im I. P. R.*, 1938.

(2) V. Paris 1<sup>er</sup> août 1894, J. 94.997; 23 mars 1899, G. P. 99.1.702, J. 99.791; en ce sens le *Rép. de dr. int.*, v° *Interdiction*, par Savatier n. 6-7; la doctrine et la jurisprudence sont également en ce sens en Italie d'après Fedozzi, p. 519. V. en effet Cass. Florence 25 nov. 1895, J. 1903.917 (*contra* cependant Cass. Turin 13 juin 1874, J. 74.330). Pour l'autorisation d'une Italienne à cautionner son mari, v. Paris 16 nov. 1898, J. 99.364, motifs. V. aussi pour la présidence en Alsace par le juge cantonal du conseil de famille de mineurs français non alsaciens Trib. Mulhouse, 3 août 1923, *Revue jur. Als.-Lorr.* 1924.223; la forme de la vente sera celle de la situation des biens: cf. Paris 18 fév. 1925, G. P. 4925.2.17. Mais d'autres tribunaux par contre sont plus hésitants, v. Trib. Nancy, 25 avril 1885, G. P. 86.2.131, refusant de prescrire l'emploi de fonds d'un mineur étranger autrement qu'en raison de l'urgence et à titre provisoire; Seine 17 déc. 1912, G. P. 1913.1.85, R. 1913.843; Trib. Sup. Colmar 8 déc. 1920, *Revue jur. Als.-Lorr.* 1921.109; Paris 3 mars 1933, R. 1935.434.

(3) Paris 26 juil. 1888, J. 89.620; Seine 17 juil. 1888, J. 89.615; Paris 27 avril 1891, J. 91.1199.



de convention expresse (V. le Rép. de dr. int. V<sup>is</sup> Consul par Camille Jordan, n. 237 et s., et Tutelle par Paul Guyot n. 53 et s. La Convention de La Haye de 1902, art. 2, le prévoyait aussi).

Un autre remède pourra se trouver dans le système du renvoi: si la loi nationale de l'incapable s'en remet pour son statut personnel à la loi de son domicile, par hypothèse en France, rien ne s'opposera plus à l'application pure et simple de la loi française (V. Paris 15 mars 1899, P. F. 1900.5.18, Gaz. Trib. 99.1.516).

#### 425. Intervention de la loi française au titre de l'ordre public.

— Mais le remède le plus général aux difficultés de mise en œuvre de la loi étrangère se trouve dans une jurisprudence bien assise de la Cour de cassation en vertu de laquelle les tribunaux peuvent toujours à titre provisoire pourvoir à la protection d'un incapable *selon la loi française*, s'il y a urgence et absence de protection légale conforme à la loi personnelle (V. Req. 10 nov. 1896, D. P. 97.1.313, S. 1900.1.516; Civ. 19 nov. 1923, G. P. 1924.1.167, D. H. 1924.3, J. 1924.163, R. 1924.136; Civ. 7 mai 1928, S. 1928.1.238, G. P. 1928.2.192, J. 1929.431).

Cette intervention, que nous avons déjà signalée (n. 352) se rattache à l'idée que la loi française, ayant plénitude de compétence, est toujours applicable dans une matière soumise à une loi étrangère si l'application de celle-ci n'est pas possible ou praticable. Elle se rattache aussi à la notion d'ordre public au sens du droit international dans la mesure où la difficulté d'appliquer la loi étrangère proviendrait du contenu de celle-ci. La même solution est reçue à l'étranger (1).

Mais il ne faudrait pas en conclure que l'ordre public impose l'application de la loi française dans tous les cas où l'absence de protection provient de ce que la loi étrangère n'en prévoit pas. Ainsi il a été jugé qu'un Anglais ne peut être pourvu en France d'un conseil judiciaire parce que la loi anglaise ne protège pas les prodigues (Paris 31 juillet 1895, S. 99.2.105, note Audinet); une protection moins étroite ne heurte pas non plus nécessairement l'ordre public (V. Trib. Marseille 3 août 1888, Recueil d'Aix 89.2.52, refusant de mettre en tutelle des mineurs italiens au décès de leur père parce que leur loi personnelle les maintient simplement sous l'administration légale de leur mère).

On constate à nouveau que l'ordre public, au sens du droit interne ne coïncide pas en tous points avec l'ordre public au sens du droit international privé, car toutes les lois sur les incapacités sont d'ordre public au premier sens (2).

#### 426. Intervention de la loi française au titre administratif pour l'internement des aliénés. — On peut être tenté de rattacher aussi à

(1) V. Nussbaum, p. 180; Beale § 149.1; c. civ. it. art. 6 disp. prél. La tutelle provisoire cesse quand la tutelle étrangère peut être instituée de manière viable; Bordeaux 6 juil. 1909, D. P. 1910.2.354, S. 1909.2.256; 30 mai 1910, D. P. 1912.2.326; Rec. de Bordeaux 1910.1290.

(2) On peut signaler, inversement, qu'il a été jugé contraire à l'ordre public qu'une femme mariée demande sa propre mise en tutelle; Seine 10 mars 1915, Gaz. Trib. 20 sept. 1916; Trib. Compiègne 14 avril 1920, G. P. 1920.2.110; 18 févr. 1922, G. P. 1922.1.767; Amiens, 9 févr. 1926, G. P. 1926.2.187.



l'ordre public la compétence — indiscutable — de la loi française sur l'internement des aliénés (loi du 30 juin 1838). En réalité, si on veut maintenir aux termes leur sens précis, il faut observer que la loi française n'intervient pas ici à raison du contenu d'une loi étrangère incompatible avec l'ordre public, mais parce qu'elle seule peut s'appliquer, s'agissant de mettre en œuvre le service public de l'internement des aliénés. Ce service public n'exclut pas de ses attributions les soins aux étrangers, et on ne peut admettre que le service public étranger correspondant intervienne en France. Il y a donc deux raisons pour la compétence de la loi française au titre de loi de droit public, administrative en l'espèce. C'est le sens des « lois de police » dans l'article 3, al. 1<sup>er</sup> C. civ.

L'application de la loi administrative française aux étrangers entraînera la protection civile qu'elle organise nonobstant les dispositions de leur statut personnel. Cette loi forme un tout et les fonctionnaires du service qu'elle institue n'ont pas mission d'appliquer les lois étrangères (1).

**427. Reconnaissance en France des pouvoirs de protection étrangers.** — La compétence de la loi française en matière de procédure ne fait pas obstacle pour autant à la reconnaissance en France des pouvoirs de tutelle étrangers. Dans la mesure où ceux-ci existent en vertu de *décisions judiciaires* étrangères, leur activité en France n'est qu'un cas particulier de l'effet en France des jugements étrangers, et on verra plus loin que ces jugements ont autorité en France sans exequatur.

*A fortiori* ne doit-il y avoir aucune hésitation à reconnaître de plein droit le pouvoir en France du tuteur étranger désigné autrement que par justice. La nomination par le consul se justifie par les conventions consulaires, s'il en existe, ou la règle traditionnelle du droit international public admettant plus ou moins explicitement pareille nomination. La reconnaissance des pouvoirs du tuteur *légal* aux fins de représenter son pupille n'est que l'application pure et simple de la loi personnelle du pupille (V. Civ. 19 nov. 1923, J. 1924.163). Il n'en va pas autrement du tuteur testamentaire ou même datif : en ce sens Civ. 2 juin 1908, D. P. 1912.1.457, S. 1911.1.385, G. P. 1908.1.706. Si, dans le cas du tuteur datif, on regarde le conseil de famille comme participant du caractère judiciaire, l'effet de ses décisions s'impose tout autant que celui du jugement désignant un tuteur ou un curateur.

Le caractère judiciaire du conseil de famille s'opposera par contre à ce qu'il soit organisé en France conformément à la loi étrangère puisque la justice étrangère ne peut fonctionner sur le territoire français. Mais d'une part le juge de paix pourra, semble-t-il, présider un conseil de famille étranger si la loi étrangère confie cette présidence à un juge dont les attributions ne seraient pas trop différentes des siennes. (C'est la solution de la loi du 24 juillet 1921 art. 3 : le juge cantonal en Alsace a présidé les conseils de famille de mineurs français non alsaciens, v. Trib.

(1) V. en ce sens que la loi de 1838 est liée au fonctionnement du service public français Douai 9 août 1886, *Le Droit* 22 oct. 1886, annulant la vente d'un immeuble successoral appartenant à un Anglais interné en Grande-Bretagne à la requête d'un administrateur provisoire nommé conformément à la loi de 1838.



Mulhouse 3 août 1923, *Revue jur. Als.-Lorr.* 1924.223). D'autre part, la tenue en France d'un conseil de famille sans participation d'aucun magistrat, si une loi étrangère l'établit ainsi, nous paraît ne pas porter atteinte à la souveraineté française dans l'exercice de la justice. On tend en effet à ne pas considérer les fonctions de tuteur ou de membre d'un conseil de famille comme des fonctions publiques et il y a intérêt à favoriser le jeu normal des lois personnelles.

---



## CHAPITRE III

### Relations de famille

---

428. **Plan.** — Les relations de famille constituent le terrain d'élection des conflits de lois en raison de la divergence des positions législatives en la matière, et de la fréquence de l'application des lois étrangères, s'agissant du statut personnel, en un domaine particulièrement important. Le plan du droit civil interne s'impose ici, les conflits de lois se posant de manière très différente suivant qu'on envisage le mariage, le divorce ou la filiation. Une section sera consacrée à chacune de ces institutions.

#### Section I

#### Le mariage.

429. **Division.** — Le mariage étant un acte juridique est soumis, on le sait, à la règle *locus regit actum* quant à ses *conditions de forme* : celles-ci seront déterminées par la loi du lieu de sa célébration. Mais cet acte juridique concernant le droit de la famille obéit à la loi personnelle pour ses *conditions de fond*, qui seront celles de la loi nationale des époux. Ces deux règles devront être étudiées séparément. On examinera ensuite les *effets* du mariage.

#### § 1<sup>er</sup>. — CONDITIONS DE FOND.

430. **Compétence de la loi personnelle.** — La soumission du mariage à la loi personnelle quant aux conditions de fond résulte suffisamment de ce qui a été dit de la notion et du domaine du statut personnel (n. 269 et 276). Aussi bien le Code civil le spécifie-t-il dans l'article 170 qui, prévoyant le mariage du Français à l'étranger en la forme locale, exige qu'il « n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent », c'est-à-dire aux conditions de fond. La jurisprudence, généralisant la formule, en a fait de nombreuses applications tant au mariage des Français à l'étranger qu'à celui des étrangers en France ; dans l'un et l'autre cas, les conditions de fond du mariage obéissent à la loi nationale des époux (V. les décisions citées *infra* n. 431 et s.).

La solution est unanimement reçue dans l'Europe continentale. Aux Etats-Unis, par contre, la jurisprudence applique la loi du lieu de célébration même aux conditions de fond. Il y a là un des contrastes les plus notables entre le droit américain et le droit européen ; il tient à la mobilité de la population américaine à l'intérieur de l'Union, qui aggraverait les difficultés engendrées par l'application des lois person-



nelles, et au peu d'autorité de la loi personnelle dans des conflits entre Etats relevant d'une même souveraineté politique, et dont les systèmes juridiques participent d'une origine, d'une substance et d'un esprit communs. Il n'en est pas moins remarquable que la même influence se soit fait sentir en Angleterre, où le droit positif ne paraît pas nettement fixé (1).

La preuve des dispositions de la loi étrangère a été spécialement envisagée dans certains pays (V. B. G. B. art. 1315, C. civ. italien de 1865 art. 1103 prévoyant un certificat de l'autorité étrangère constatant que le futur époux satisfait aux conditions de sa loi personnelle). Il n'y a pas en France de disposition similaire et on peut l'expliquer par l'observation qu'il n'y a pas toujours à l'étranger d'autorité qualifiée pour délivrer de telles attestations (voir en ce sens Lerebours-Pigeonnière, p. 384 note 1, et les réflexions de l'auteur sur les autres inconvénients éventuels du système). On s'en tiendra donc au droit commun de la preuve de la loi étrangère par tous moyens, c'est-à-dire par les certificats de coutumes (en ce sens Circ. Min. du 14 mars 1831, S. 36.2.342; Circ. du préfet de la Seine 15 févr. 1928, J. 1928.531). Ils n'auront à porter bien entendu que sur les règles différant de celles de la loi française, et dont les futurs époux doivent prouver positivement qu'ils y satisfont. Les points sur lesquels les justifications ne sont requises qu'en cas d'opposition ne donneront lieu à certificat de coutume que si cette éventualité surgit. L'officier d'état-civil devrait d'ailleurs exiger que le certificat le renseigne sur la liste des preuves positives que la loi étrangère impose aux futurs époux.

431. **Application distributive des lois personnelles aux futurs époux de nationalités différentes.** — Comme dans toutes les relations du droit de la famille se pose la question de la loi compétente au cas où les futurs époux sont de nationalités différentes. On a déjà vu que l'aptitude à passer un acte du droit de la famille s'apprécie distributivement chez chacune des parties selon sa loi personnelle (n. 388). La solution paraît admise par la jurisprudence française, même pour la femme qui prend par le mariage la nationalité de son mari. (V. Seine 7 mai 1919, S. 1921.2.9 note, Niboyet, R. 1919.543). Elle est acceptée par la jurisprudence allemande (1).

(1) V. Cheshire, p. 153 et s. Pour l'état du droit américain et ses causes v. notre note sous C. Suprême de Californie 27 mai 1936, *Mc Donald c. Mc Donald*, S. 1936.4.17. Il est remarquable d'ailleurs que l'autorité de la loi personnelle n'a pu être entièrement méconnue : d'après le Restatement (§ 132) les juges peuvent refuser de reconnaître des mariages célébrés contrairement à la loi du domicile (qui est la loi personnelle) sur la monogamie, l'inceste, l'union entre races différentes et toutes les fois que la loi du domicile prévoit expressément sa propre application hors de son territoire. Story qui admettait déjà la compétence de la loi du lieu de célébration en exceptait cependant les règles relatives à la polygamie et à l'inceste (§ 89). Pour la comparaison du droit anglais et du droit américain, v. Philonenko, J. 1928.1276. La comparaison du droit anglais et du droit allemand, v. R. 1939.578.

(1) RG. 6 févr. 1930, *Jur. W.* 1930.1003 ; 23 juin 1930, *Höchstrichterliche Rechtsprechung* 1930, n. 1736, 15 déc. 1930, *Jur. W.* 1931.1340. Sur un cas curieux d'interdiction de remariage d'anciens époux divorcés v. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 132. On a dit (ci-dessus n. 388) les réserves de M. Lerebours-Pigeonnière. M. Barin n'accepte la solution préconisée au texte que pour le consentement ; les autres conditions, telles que la non parenté doivent dépendre selon lui de la loi du



On sait également qu'il n'y a pas à tenir compte de ce que l'ordre public étranger s'oppose aux effets à l'étranger de la loi française réputant le futur conjoint français apte à contracter mariage, comme le cas s'est présenté pour un Espagnol épousant une Française divorcée alors que l'ordre public s'oppose en Espagne aux effets d'un divorce même prononcé à l'étranger (n. 370).

**432. Rôle de l'ordre public.** — Le principe de la compétence de la loi nationale des futurs époux est fortement battu en brèche par l'intervention de l'ordre public: l'ensemble des conditions de fond que la loi française impose aux futurs époux pour contracter mariage est considéré en France comme d'ordre public.

Mais cette formule ne signifie pas l'exclusion de toute possibilité d'appliquer la loi étrangère car il ne s'agit que des conditions imposées par le code civil pour contracter mariage; il s'ensuit d'une part que si la loi étrangère *moins sévère* doit être écartée au nom de l'ordre public, la loi étrangère *plus sévère* sera, en général, appliquée (v. dans le sens de cette formule, Fedozzi, p. 403), d'autre part que la loi étrangère peut recevoir effet en France au titre du respect des droits acquis à l'étranger.

La jurisprudence a fait des applications connues de ces idées tout d'abord aux conditions fondamentales de *monogamie* et d'*exogamie*.

La polygamie est contraire à l'ordre public en France, en ce sens au moins qu'un étranger marié ne peut y contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier, même si son statut personnel le lui permet (Aubry et Rau, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, I, § 31 p. 183). Cependant les tribunaux ne refusent pas de tirer les conséquences d'une union polygamique régulièrement contractée à l'étranger, par exemple pour une liquidation du régime matrimonial (Alger 9 févr. 1910, R. 1913.103; cf. Douai 26 août 1836 D. P. 37.2.15, S. 37.2.167). C'est un des cas bien connus d'*effet atténué* de l'ordre public en matière de respect en France des droits acquis à l'étranger (n. 368).

L'ordre public défend aussi les conséquences indirectes du principe de monogamie telles que le délai de viduité: il a été jugé que cette institution s'impose même aux veuves étrangères, Paris 13 févr. 1872, D. P. 73.2.160, S. 73.2.112. Mais par contre, la loi belge qui, plus sévère, ignore les possibilités d'abréviation du délai, empêche la veuve belge de solliciter cette faveur selon la loi française, Paris 30 nov. 1934, R. 1935.486.

La différence des sexes qu'on peut considérer comme impliquée dans le principe de monogamie serait certainement aussi réputée d'ordre public si la question se posait en jurisprudence.

L'*exogamie* consiste dans l'obligation de prendre femme hors la proche parenté ou alliance. Les exigences de la loi française contemporaine à cet égard — qui entrent incontestablement dans le statut personnel, Civ.

mari, parce qu'elle gouverne le mariage (*Principes*, II, p. 123). C'est confondre à notre sens le statut du lien formé et l'aptitude individuelle à l'acte de volonté créateur du lien, aptitude qui ne peut s'apprécier que distributivement chez chacun des futurs époux, donc selon sa loi personnelle.



8 nov. 1824, S. 24.1.428 — sont assez réduites pour qu'on puisse les considérer comme un minimum: même le mariage de l'oncle et de la nièce, limite extrême de nos prohibitions légales, choque assez nos conceptions de l'intimité et de la morale familiales, s'il ne concerne pas physiologiquement la famille française, pour qu'on l'interdise à l'encontre de toute loi étrangère contraire, sauf le jeu des dispenses (n. 435). La possibilité d'une dispense n'empêche pas le jeu de l'ordre public, car l'esprit de la loi française est de n'admettre ces mariages qu'après examen de chaque cas particulier. Mais un tel mariage célébré régulièrement à l'étranger pourrait, semble-t-il, être reconnu en France, et nous en dirions autant du mariage entre alliés, notamment entre beau-frère et belle-sœur, après divorce. Par contre un mariage entre frères et sœurs (sauf adoptifs, puisque nous admettons la dispense) ou entre parents en ligne directe, qui n'admet aucune dispense, ne saurait être reconnu en France, même au titre des droits acquis à l'étranger. V. l'application des prohibitions pour parenté et alliance au mariage des Français à l'étranger dans Seine 4 déc. 1873, J. 74.21.

A ces conditions fondamentales tenant à l'objet du mariage se superpose la cause efficiente du lien, tenant aux sujets mêmes qui y deviennent partie: le *consentement*.

L'âge requis pour contracter mariage répond simultanément à la nécessité d'un consentement suffisamment éclairé, et aux inconvénients physiologiques et sociaux des mariages prématurés. En admettant que cette seconde préoccupation importe moins, surtout sous son aspect physiologique, quand il s'agit d'étrangers appartenant à des races différentes de la nôtre, la première, qui exprime notre sentiment de la gravité morale et sociale du mariage, s'oppose à ce que nous acceptions le mariage en France des filles de moins de quinze ans et des garçons de moins de dix-huit. Mais la possibilité de la dispense conduit à admettre qu'un pareil mariage conclu à l'étranger pourra produire ses effets en France, et d'autre part la loi étrangère exigeant un âge plus élevé pour l'aptitude au mariage sera respectée en France. Sur l'application de la loi française à l'âge des Français contractant mariage à l'étranger, v. le *Rép. de dr. int.*, v° *Mariage* par P. Goulé, n. 242.

Il en ira de même des *vices du consentement*: les juges français ne pourraient faire application d'une loi étrangère qui, moins exigeante que la nôtre, validerait un mariage contracté sous l'empire de la violence ou à la suite d'une erreur sur l'identité de la personne. Le souci français d'éviter les nullités a réduit les exigences légales à un minimum si élémentaire qu'on ne conçoit même pas qu'il soit abandonné pour respecter un mariage conclu à l'étranger. Le cas inverse d'un système, comme il y en a beaucoup (par exemple le système canonique) plus exigeant en la matière, notamment pour le vice d'erreur, ne paraît pas au contraire heurter l'ordre public. V. pour l'inclusion de cette matière dans le statut personnel des Français Paris 11 févr. 1808 sous Civ. 15 juil. 1811, S. chr.; Trib. Agén 6 juil. 1860, S. 60.2.353; Paris 12 mars 1903, J. 1903.841; Trib. Strasbourg 21 déc. 1920, G. P. 1921.2.429; Dijon 20 mars 1922, J. 1922.409; Seine 11 juin 1929, R. 1930.458.

Le *consentement des parents* soulève plus d'hésitations parce qu'on peut admettre le mariage sans ce consentement d'un étranger dont la



majorité est fixée à un âge légèrement inférieur à celui de la loi française, en ce sens (Circulaire du Garde des Sceaux du 2 août 1904, J. 84.567 pour les Suisses majeure à 20 ans). Néanmoins l'ordre public serait sans doute réputé atteint par le mariage sans aucun élément de mineurs de moins de vingt ans; on n'en dirait pas moins dans le cas d'un pareil mariage contracté à l'étranger, la matière étant susceptible de degrés, et le mariage pouvant être ratifié. Les lois en contraire plus exigeantes que la nôtre doivent naturellement être respectées en France (1).

433. Intervention de l'ordre public à l'encontre des règles étrangères exorbitantes des conceptions françaises. — Si la loi positive française met l'accent sur la gravité du mariage en accueillant les lois qui le rendent plus difficile, mais non celles qui le rendent plus facile, cette position ne se maintient qu'autant qu'il s'agit de réglementations différentes des mêmes questions. Mais quand des lois étrangères subordonnent le mariage à des conditions d'une nature totalement inconnue de la loi française, l'ordre public intervient cette fois au nom de la liberté du mariage.

C'est le cas des empêchements fréquemment établis à l'étranger sur des distinctions de race ou de religion; ils sont généralement regardés comme contraires à la liberté individuelle (2). Disons au moins que ces prohibitions — qui n'empêchent pas les intéressés de contracter mariage de manière absolue — se réfèrent à des inconvénients sociaux ou politiques propres au milieu pour lequel elles ont été édictées: le mariage d'un nègre et d'une blanche n'a pas en France les inconvénients les plus sérieux qu'il présente dans le sud des Etats-Unis (3). La même solution est généralement admise à l'étranger (4). On peut assimiler aux empêchements qui précèdent la prohibition canonique du mariage des prêtres et des religieux, consacrée par maintes législations civiles; mais il y a eu en France des arrêts en sens contraire, à une époque, il en

(1) V. Seine, 3 mars 1900, *Gaz. Trib.* 1900.273; et *Trib. Aulnay* 27 juillet 1901, *Rec. Dyon* 1921.118; pour le statut personnel des Français v. Civ. 6 mars 1897, D. P. 37.1.167, S. 37.1.377; Besançon, 4 janv. 1888, G. P. 88.1.568; Trib. Marianne 10 nov. 1891, G. P. 91.2. Suppl. 24; Trib. Bordeaux 10 mars 1896, *Rec. Bordeaux* 96.268; Seine 18 janv. 1922, G. P. 1922.1.294; Seine 17 nov. 1926, *Gaz. Trib.* 1927.273. Si le futur époux mineur et ses parents sont de nationalités différentes, la loi applicable à la nécessité et aux conditions de l'autorisation sera celle du futur époux. Rien que le consentement des parents soit exigé pour partie en faveur de la famille intéressée au mariage projeté, son rôle protecteur du futur époux mineur est au premier plan et l'intérêt familial qui prédomine ici est celui de la famille à fonder. V. en ce sens Seine 21 déc. 1925, J. 26.443, G. P. 26.1. Suppl. 43 (Un père étranger peut faire opposition sans motif conformément à la loi française).

(2) V. Trib. Pontaise 6 août 1884, J. 85.206; Seine 15 févr. 1902, *Gaz. Trib.* 2 avr. 1902; Paris 17 nov. 1907, D. P. 1907.2.50, S. 1907.2.50, J. 1907.2.50, R. 1907.2.50, et les auteurs cités par Goulé, *Rép. dr. int. v. Mariage* n. 34; add. Nitzoyet, *Manuel* 2 éd. n. 622; Lerchours-Pigeonnière n. 229. Mais v. esp. Seine 15 juil. 1920, R. 1920.2.70.

(3) V. sur la différence même dans l'appréciation commune de ces inconvénients entre le Sud et le Nord des Etats-Unis Beale, II, § 1523.

(4) V. pour l'Allemagne Nussbaum p. 123-124; sur les lois raciales du 7 Reich v. Mezger, *Nouv. Recue de dr. int. privé*, 1905.507; Bézine, Z. für Völkerrecht, 28, n. 2; pour l'Italie, Fedozzi, p. 406-407 (même depuis les accords de Latran pour la distinction de religion parce que la loi italienne, tout en consacrant le mariage canonique qui édicte l'empêchement *disparitatis cultus* n'en offre pas moins à ceux qui le désirent le mariage civil). Pour les Etats-Unis v. Beale, loc. cit.



MARIAGE 431  
vrai, où la jurisprudence ne s'était pas encore fixée sur la validité du mariage civil des prêtres (v. Paris 13 juin 1814, *Rép. gén. Dalloz*, v° *Droits civils*, n. 408 et s.).

La même solution serait sans doute admise à l'encontre des lois étrangères subordonnant le mariage des membres de l'aristocratie à l'autorisation du chef de famille (1); elle a été donnée dans le cas d'une loi exigeant l'autorisation du gouvernement (2). Le gouvernement français l'a faite sienne, on l'a vu, pour l'autorisation militaire en dénonçant la convention de La Haye sur le mariage parce que l'Allemagne entendait que sa loi sur l'autorisation militaire fût appliquée au statut personnel des déserteurs allemands à l'étranger (n. 33). Sans doute connaissons-nous pareille exigence, mais nous n'en faisons pas une condition de validité du mariage, la question reste du domaine de la discipline militaire et c'est la conception opposée prévalant en Allemagne qui nous a paru contraire à l'ordre public.

Enfin les tribunaux n'admettraient pas une loi étrangère qui obligerait au mariage en raison d'une promesse antérieure, même indirectement par l'obligation à des dommages-intérêts en cas de rupture de fiançailles; dans notre conception cette rupture ne pouvant être sanctionnée que délictuellement, la loi applicable est celle du lieu du délit (3).

Mais il faut observer que la nullité pour impuissance a été admise au moins une fois en jurisprudence (Trib. Tunis 27 nov. 1907, J. 1908-813); il serait donc excessif d'affirmer que tout empêchement inconnu du droit français heurte l'ordre public en France.

**434. La qualification de mariage et les lois étrangères.** — Une loi étrangère peut qualifier mariage une union très différente de ce que nous considérons comme tel: c'est le cas des mariages dits « à l'essai » ou n'entraînant aucune obligation définie, notamment dissolubles à la volonté unilatérale d'un des époux, bref qui ne diffèrent du concubinage que par une solennité sans conséquences juridiques réelles. Les tribunaux français pourraient décider qu'une telle union, quelle que soit l'étiquette qui lui est appliquée à l'étranger, ne répond pas à ce que nous qualifions mariage et ne peut donc produire en France les effets, patrimoniaux par exemple, que nous attachons à cette institution.

Cette attitude a longtemps été celle du droit anglais vis-à-vis des unions polygamiques: seul le « *christian marriage* » c'est-à-dire l'union monogame et indissoluble était regardée comme un mariage par les tribunaux anglais (v. Beale, II, § 133.2, qui montre bien les difficultés de

(1) En ce sens Pillet, *Traité pratique*, I, n. 260; Niboyet, *Manuel*, 2<sup>e</sup> éd. n. 622; Fedozzi, p. 407, l'admet même dans les pays qui, comme l'Italie, possèdent une législation semblable. Il s'agit donc moins du contenu même de la loi que de son caractère étroitement lié à l'organisation de l'aristocratie, que le juge étranger n'a pas à connaître.

(2) Trib. Bordeaux 18 janv. 1882, J. 82.539. Il s'agissait de l'ancienne loi bavaroise prescrivant l'autorisation gouvernementale pour le mariage des Bavarols à l'étranger. Le cas pourrait aussi se rencontrer pour le mariage de certains fonctionnaires, notamment des diplomates.

(3) On se prononce en Allemagne et en Italie pour la loi personnelle: v. Nussbaum p. 130; Fedozzi p. 399. Mais le Code Bustamante applique la loi contractuelle, v. Bustamante, *Derecho internacional privado*, II, p. 27. Cf. Rabel, p. 199.



cette position. V. aussi pour les Etats-Unis, Lorenzen, *Rép. de dr. int.*, V° *Dr. int. pr. des Etats-Unis*, n. 274). La jurisprudence française, on l'a vu, ne s'est pas refusée à consacrer les effets des unions polygamiques (n. 432). On retrouve l'idée que (n. 297) le droit international privé consistant dans la mise en œuvre simultanée de systèmes juridiques différents oblige à considérer nos institutions comme des réponses à des problèmes généraux qui peuvent en comporter d'autres: l'union des sexes est un problème commun à toute l'humanité, les solutions qu'il reçoit peuvent être classées dans la catégorie « mariage », quelles que soient leurs différences avec nos propres conceptions, et sans que nous les regardions comme équivalentes moralement (1).

**435. Autorités qualifiées pour accorder les dispenses.** — Les législations modernes, suivant en général l'exemple du droit canonique, admettent plus ou moins largement la dispense de certains empêchements, tels que l'âge ou la parenté. La question se pose donc de savoir quelle autorité est qualifiée pour accorder ces dispenses. La pratique de la Chancellerie en France paraît être plutôt dans le sens de l'octroi des dispenses aux étrangers par l'autorité française (2). Mais plusieurs auteurs estiment qu'il appartient seulement à l'autorité nationale de dispenser de l'observation de sa propre loi (3).

Il semble que la question doive se résoudre comme pour l'intervention des autorités protectrices des incapables (n. 424); si la loi étrangère prévoit la dispense par le Chef de l'Etat, il n'y a pas d'obstacle à ce que le Chef de l'Etat français exerce une prérogative que la loi française lui confère dans un cas où la loi étrangère l'admet; c'est l'application distributive dans leurs domaines respectifs de la loi française sur la compétence des services publics et de la loi étrangère sur le statut personnel. La même distinction donne effet à la dispense obtenue dans un pays étranger par un Français qui s'y marie, et aussi à celle qu'a obtenue dans son pays un étranger qui se marie en France, car les actes des autorités administratives étrangères ayant agi dans le cadre de leur compétence doivent avoir effet en France aussi bien que les décisions des autorités judiciaires.

**436. Sanction des règles de fond. Nullité du mariage.** — Il semble peu contestable que la loi compétente pour fixer les règles de validité du mariage le soit également pour déterminer la sanction de leur violation, c'est-à-dire s'il y a nullité et dans quelles conditions: ce sont les deux aspects d'une seule et même question. Le doute ne pourrait s'in-

(1) V. en ce sens pour les effets du mariage soviétique Cour d'appel d'Angleterre (infirmant) dans *Nachimson v. Nachimson*, 45 T. L. R. 444, *Bull. Inst. Int.* 1930.311. La solution contraire a été donnée en Hongrie, Cour Suprême de Hongrie, 23 févr. 1926, J. 1929.1902; cf. *Z. für Ostrecht* 1930.197.654. La Légation de Suisse à Tokio a fait savoir que les unions de Suisses avec des Japonaises de classe inférieure auraient valeur de mariage en Suisse malgré leur caractère temporaire au Japon, v. R. 1925.584 (c'est l'hypothèse du mariage de Mme Butterfly).

(2) V. le *Rép. de dr. int.*, v° *Mariage*, par P. Goulé n. 336-340.

(3) Weiss, 2<sup>e</sup> éd. III, p. 169; Rolin, II, p. 48; Poulet, 2<sup>e</sup> éd. n. 345; Nussbaum p. 133 citant en ce sens un arrêt de la Cour Suprême d'Autriche du 16 déc. 1925. *contra* Audinet, *Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce*, Cours de l'Acad. de dr. int., 1926, I.185.



roduire que sur le rôle éventuel de la loi du for puisqu'une sanction comme la nullité est liée à une action en justice et que l'organisation des actions relève de la procédure.

Néanmoins l'organisation d'une action en nullité consiste essentiellement à déterminer qui peut l'exercer, dans quel délai, et si elle est susceptible de s'éteindre par confirmation de l'acte vicié. Or la Cour de cassation a décidé que la prescription de l'action en rescision d'un partage est soumise à la loi régissant le partage (Civ. 111 juillet 1928, S. 1930.1.217, note Niboyet, J. 1931.389). C'est dire que les autres questions doivent aussi obéir à la loi qui régit le fond du droit, car elles lui tiennent plus étroitement encore qu'à la procédure (1). (V. également pour l'application de la loi du fond au délai d'action en nullité de mariage, Trib. Narbonne, 10 nov. 1891, G. P. 91.2, Suppl. 34). Sur l'application générale de la loi du fond à la qualité pour agir et à la prescription des actions, v. ci-dessous n. 724. C'est donc l'ensemble du régime de la nullité qui appartient à la loi du fond.

Nous y engloberons l'institution du mariage putatif, mais avec des réserves qui apparaîtront mieux lors de l'étude de la sanction des conditions de forme (2).

## § 2. — CONDITIONS DE FORME.

437. **Généralités.** — Le mariage étant un acte juridique est soumis à la règle *locus regit actum*: la forme des actes est régie par la loi du lieu de leur passation. Mais on sait déjà que la règle *locus* a un caractère facultatif: les formes d'un acte peuvent être soumises à une loi autre que celle du lieu de sa passation. Sans consacrer purement et simplement ce principe en matière de mariage, le droit positif admet la célébration des mariages par les agents diplomatiques et consulaires. La détermination de la loi applicable à la forme du mariage implique donc l'examen successif de la compétence de la loi locale, puis de celle de la loi

(1) Pour l'application de la loi qui régit le fond à la qualité pour agir en nullité, v. Req. 5 nov. 1839, D. P. 39.1.369. S. 39.1.822; Civ. 18 août 1841, D. P. 41.1.337, S. 41.1.872; Montpellier 25 avril 1844, D. P. 45.2.326, S. 45.2.7; Bourges 17 févr. 1845, D. P. 46.1.337, S. 47.1.55; Seine 11 juin 1929, Gaz. Trib. 1930.2.291. Mais l'action du *ministère public* relève uniquement de la loi du for, seule qualifiée pour déterminer ses pouvoirs Chambéry, 7 févr. 1885, G. P. 85.1.703. Cf. en sens divers Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcades, *Des personnes*, III, n. 2397; Travers, *La Convention de La Haye relative au mariage* n. 703. Pour l'application de la loi personnelle aux causes d'extinction de l'action en nullité des parents: Paris 25 juin 1884, G. P. 84.2.264; Amiens 22 juil. 1886, G. P. 86.2. Suppl. 90; Paris 16 mai 1917, G. P. 1916-17.717; Seine 18 janv. 1923, G. P. 1923.1.294.

(2) En cas de conflit dans le temps par changement de la loi applicable entre le mariage et l'action en nullité, on a proposé d'appliquer la loi ancienne à la nullité absolue et la loi nouvelle à la nullité relative. La vue est ingénieuse en ce qu'elle tient compte de ce principe que la valeur d'un acte s'apprécie d'après la règle en vigueur au jour de sa conclusion, tout en donnant un rôle à l'idée que la nullité relative, dépendant de l'existence de la volonté de confirmer, est régie par la loi en vigueur au jour où on cherche si cette volonté existe. Mais on voit que le problème est le même, que la règle ait changé par modification législative de sa teneur, ou par modification des éléments de rattachement (ici la nationalité), autrement dit que le problème des conflits mobiles se ramène, quant à sa solution, à celui des conflits dans le temps du droit interne.



nationale pour la forme diplomatique. On étudiera ensuite le domaine de la loi applicable à la forme du mariage.

438. A. Détermination de la loi applicable à la forme du mariage. — I. Compétence de la loi du lieu de célébration du mariage. Mariages célébrés à l'étranger. — Les modalités d'application de la règle *locus regit actum* sont différentes suivant qu'on considère les mariages célébrés à l'étranger et ceux qui sont célébrés en France.

La validité des mariages célébrés à l'étranger en la forme locale est prévue en ce qui concerne les Français par l'article 170 C. Civ. aux termes duquel « le mariage contracté en pays étranger entre Français et étrangers sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63 ».

La jurisprudence, généralisant et appliquant aux mariages conclus entre étrangers cette consécration légale de la maxime « *locus regit actum* », a reconnu la validité des mariages célébrés dans les formes les plus diverses, du moment qu'elles étaient celles de la loi locale. De nombreuses décisions, notamment, ont reconnu la valeur du mariage religieux, parce que conforme à la *lex loci actus* (1), ou sa nullité parce que la loi locale ne lui reconnaissait pas valeur légale (2). Les tribunaux ont même admis le mariage purement consensuel, reconnu encore aujourd'hui aux Etats-Unis par un certain nombre d'Etats fidèles au mariage dit de *common law*, c'est-à-dire sans formes extérieures (*by cohabitation and reputation*) tel qu'il a subsisté dans les pays protestants après les réformes du Concile de Trente qui ne les atteignaient pas (3).

(1) V. pour ne citer que des arrêts de la Cour de cassation, Req. 16 juin 1829, D. P. 29.1.272, S. 29.1.261 ; Req. 9 nov. 1846, D. P. 46.1.337, S. 47.1.55 ; Civ. 20 janv. 1879, D. P. 79.1.107, S. 79.1.417 ; Req. 31 janv. 1927, S. 1927.1.144. On trouvera de nombreuses décisions des cours d'appel et des tribunaux au *Répertoire de droit international*, Vis-*Mariage* par P. Goulé n. 117-128, et *Actes de l'état civil* par M. Nast, n. 125. *Adde* Seine 30 déc. 1892, *Le Droit* 19 janv. 1893 ; Trib. Tunis 24 janv. 1912, G. P. 1912.1.420 ; Trib. Sousse 2 déc. 1915, *Revue Algérie* 1917.2.167 ; Seine 29 janv. 1916 ; *Gaz. Trib.* 29 juil. 1916 ; Trib. Strasbourg 11 juin 1937, *Rev. jur. Als. Lorr.* 1937.514. Sur la question de la valeur du mariage religieux dans les colonies et pays de protectorat français, Meylan, *Les mariages mixtes au Maroc*, R. 1935.34 ; Decroux, R. 1938.39 ; Camerlynck, R. 1939.50 (pour l'Indochine) ; *Rép. de dr. int.* V° *Mariage* par P. Goulé n. 130 et s., et *Supplément*, *cod. v°* n. 136. La question, fort délicate, relève de considérations propres aux conflits coloniaux. V. encore récemment Nancy 10 déc. 1930, D. P. 1932.2.9, note Plassard ; Rabat 19 mai 1932, R. 1934.428, note P.-L. Rivière, S. 1933.2.177 ; Civ. 3 mars 1937, R. 1938.87, G. P. 1937.1.859 ; Rabat, 1<sup>er</sup> février 1938, *Rec. de Rabat* 1938.368, *Gaz. Trib. Mar.* 9 avril 1938.

(2) Req. 9 mai 1905, S. 1906.1.361 ; Paris 24 juil. 1924, G. P. 14 nov. 1924 ; Paris 24 avril 1926, D. P. 1927.2.9, note Escarra, J. 1927.429. R. 1927.67, dans le cas d'un Français ayant épousé une Américaine devant un prêtre catholique belge en Mongolie.

(3) Req. 20 déc. 1841, D. P. 42.1.34, S. 42.1.321 ; Bordeaux 14 mars 1849, D. P. 52.2.13, S. 52.2.407 ; Req. 13 janv. 1857, D. P. 57.1.106, S. 57.1.81 ; Paris 20 janv. 1873, D. P. 73.2.59, S. 73.2.177 ; Amiens, 22<sup>e</sup> juil. 1886, J. 87.188 ; Seine 20 avril 1891, *Le Droit*, 29 avril 1891 ; Besançon 17 juil. 1895, J. 95.1051 ; Aix 20 déc. 1900, J. 1903.639 ; Seine 31 mars 1905, R. 1905.712 ; Douai, 5 déc. 1904, J. 1905.1032. Trib. Largentière, 31 mai 1911, D. P. 1914.2.169 ; Seine 17 janv. 1924, *Gaz. Trib.* 13 sept. 1924 ; 3 mars 1927, G. P. 1927.1.738 ; Paris 20 nov. 1928, *Gaz. Trib.* 15 févr. 1929 ; Rabat 17 janv. 1934, J. 1936.174. V. sur le droit comparé, Rabel, p. 224. Fedozzi, plus exigeant, requiert (p. 426) la preuve du consentement initial des époux de se prendre pour mari et femme. Mais les législations qui admettent ces formes de mariage présument précisément ce consentement du fait de la cohabitation prolongée.



Le libéralisme de nos tribunaux est ici digne de remarque, mais ils exigent bien entendu que les faits dont on prétend tirer la possession d'état soient dûment établis (1). La Cour de cassation a également admis le mariage sans acte ni registre, et notamment la cérémonie privée telle qu'elle se pratique dans les pays musulmans (2).

439. **Mariage des Français à l'étranger en fraude de la loi française sur la publicité.** — La loi française (art. 170 *in fine* C. Civ.) impose aux Français se mariant à l'étranger une formalité à accomplir en France: la publication préalable de leur mariage. L'ancien article 171, abrogé par la loi du 10 mars 1938, ajoutait une formalité postérieure, la transcription du mariage en France. Comme on l'a judicieusement observé (v. Lerebours-Pigeonnière, n. 324), la loi française intervient dans la forme d'un acte passé à l'étranger parce que les formes en question intéressent directement la famille: la publication préalable est en effet destinée à provoquer les oppositions qui émaneront le plus souvent des parents proches, au courant de la situation des époux, et intéressés à empêcher une union qui leur paraît critiquable.

Il existe une jurisprudence abondante sur les conséquences de l'inobservation de l'article 170 (et de l'ancien art. 171). On peut formuler sa position dans les termes suivants: le défaut de publicité n'entraîne la nullité du mariage que s'il a un caractère intentionnel générateur de clandestinité.

En fait, les tribunaux se sont trouvés en présence de deux séries de cas bien distincts. Dans les premiers il s'agissait de jeunes gens ayant été se marier dans un pays voisin où ils n'avaient aucune attache et dont ils étaient revenus aussitôt, avec l'intention avouée d'éluder les oppositions de leurs parents ou même l'obligation, avant 1933, de leur adresser des sommations respectueuses. La nullité s'imposait (3). Dans d'autres cas, au contraire, l'omission n'avait aucun caractère intentionnel: tenant à l'ignorance ou à la négligence, elle n'avait engendré aucune clandestinité; les tribunaux ont ainsi validé le mariage de Français établis depuis longtemps à l'étranger dont l'erreur, quant aux exigences de l'article 170,

(1) V. notamment Seine 3 mars 1927 et Paris 20 nov. 1928 précitées.

(2) Req. 8 juin 1809, S. 09.1.375; Req. 7 sept. 1809, S. Chr.; Req. 26 oct. 1910, J. 1913.158; v. aussi Amiens 24 mars 1927, J. 1928.738; Seine 9 mai 1931, R. 1932.134, concl. du subst. Piemonti; Trib. Sousse 30 juin 1922, J. 1924.212. Le « forgeron de Gretna Green », localité écossaise située à la frontière anglaise, s'était acquis une célébrité au siècle dernier en célébrant des mariages d'étrangers conformément à la loi écossaise (v. Niboyet, *Manuel* n. 614; Bartin, § 99). La régularité de cette célébration au regard de la jurisprudence précitée ne les rendait évidemment pas indemnes du grief de fraude à la loi (n. 439). Sur le droit international privé comparé des formes du mariage, v. Balogh, *Mém. de l'Acad. int. de dr. comp.* 1935.412.

(3) Req. 28 mars 1854, D. P. 54.1.201, S. 54.1.295; Req. 8 mars 1875, D. P. 75.1.482, S. 75.1.171; Req. 5 juil. 1905, D. P. 1905.1.471, S. 1906.1.141, R. 1905.714; Req. 3 janv. 1906, D. P. 1906.1.207, S. 1906.1.142; Req. 7 janv. 1929, S. 1929.1.104. Les décisions des tribunaux inférieurs sont très nombreuses. V. le *Rép. de dr. int.* v° *Mariage par* Goulé, n. 164 et s. D'anciens arrêts avaient employé des formules plus tranchantes sanctionnant de la nullité tout mariage célébré sans la publicité de l'art. 170, Civ. 6 mars 1837, D. P. 37.1.167, S. 37.1.177; Req. 17 août 1841, D. P. 41.1.338, S. 41.1.681 (v. cependant déjà la notion de fraude à la loi dans Civ. 9 mars 1831, S. 31.1.142; Colmar 2 janv. 1823, S. chr.; cf. pour l'art. 171 Req. 16 juin 1829, D. P. 29.1.272, S. 29.1.261).



avait été sans conséquence sur leur milieu familial dispersé (1); ils ont aussi validé les mariages contractés à l'étranger sans publication lorsque la clandestinité était inexistante en fait: ce fut le cas notamment du mariage de Sarah Bernhardt à Londres qui avait été entouré d'une telle publicité de fait qu'on ne pouvait décemment l'arguer de clandestinité sous prétexte que les parties avaient négligé d'observer la publicité légale (2).

Le fondement de cette jurisprudence se trouve dans la fraude à la loi française sur la publicité du mariage. La Cour de cassation autorise les juges du fond à prononcer la nullité « si les parties qui sont allées contracter mariage en pays étranger ont entendu faire fraude à la loi française et éluder les formalités exigées par celle-ci » (Req. 5 juil. 1905, D. P. 1905.1.471, S. 1906.II.141, R. 1905.714). Les auteurs encore sous l'influence de l'hostilité doctrinale répandue au siècle dernier contre toute recherche d'intention, combattent généralement l'appel à l'idée de fraude à la loi (3). La nullité se justifierait suffisamment par la constatation objective de la clandestinité (4). Il semble cependant que la notion de fraude à la loi soit indispensable ici. En effet, le mariage étant célébré à l'étranger, ses formes échappent à la loi française, donc au principe de la solennité; nos tribunaux, de fait, admettent la validité de mariages purement consensuels, c'est-à-dire dépourvus de toute solennité, quand la loi locale l'admet (n. 438). Sans doute, la loi française impose-t-elle une règle de forme, dans la publication préalable, aux

(1) Req. 9 nov. 1846, D. P. 46.1.337, S. 47.1.55, relevant le domicile à l'étranger depuis vingt ans; v. aussi Paris 5 août 1891, G. P. 91.2.212, J. 91.1214; Aix 18 janv. 1895, G. P. 95.1.223; Douai 5 déc. 1904, *La Loi* 12 janv. 1905; Trib. Autun 27 juillet 1931, *Rec. de Dijon* 1931.116; Seine 6 févr. 1924, *Gaz. Trib.* 23 mai 1924; Alger, 3 févr. 1930, G. P. 1930.1.656 relevant l'absence de domicile en France. Le mariage *in extremis* a été jugé indemne de l'intention frauduleuse (V. Civ. 18 août 1941, D. P. 41.1.337, S. 41.1.872, relevant que l'intéressé n'avait pas de parents pouvant former opposition; Civ. 18 juillet 1936, S. 1936.1.263, R. 1927.204 et les autres décisions citées par Goulé, *Rép. de dr. int.*, v. *Mariage* n. 175). Mais un mariage célébré à l'étranger par motif de conscience a été annulé comme clandestin, Req. 3 janv. 1906, S. 1906.1.142. V. aussi l'annulation discutable du mariage à l'étranger d'un déserteur par Trib. Nice 25 févr. 1943, *Nouv. Revue de dr. int. pr.*, 1944, 121 note A. L. 442; Lyon 28 févr. 1880, S. 81.1.249; Amiens 21 juil. 1888, J. 87.128; Orléans 9 févr. 1900, J. 1900.533; Aix 20 déc. 1900, J. 1903.639; Paris 13 juil. 1905, J. 1906.426; Seine 18 janv. 1923, G. P. 1923.1.294; Montpellier 21 juin 1928 *Mon. jud. Midi* 1928.225; Rennes 12 janv. 1933, G. P. 1933.1.691 (mariage connu en fait par la famille). Voir aussi les jugements de première instance cités par Goulé, *loc. cit.* n. 179. L'inobservation du seul art. 171 anc. était facilement jugée sans conséquence: Paris 16 déc. 1901, S. 1902.1.298; Trib. Tunis 24 janv. 1912, G. P. 1912.1.420; Trib. du Havre 29 déc. 1928, G. P. 1929.1.510.

(2) Niboyet, *Manuel*, n. 610; Bartin, *Principes* § 99; Arminjon, II, p. 141; Audinet, *Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926.1.192; Perroud, *La fraude à la loi en dr. int. pr.*, J. 1926.19; Travers, R. 1910.24, 302. On peut voir un effet de cet état d'esprit dans le fait que la jurisprudence italienne, généralement hostile à la notion de fraude à la loi, admet la validité de ces mariages. V. Fedozzi p. 419 et les références de jurisprudence, notamment Cass. Rome 29 déc. 1897, *Giur. Ital.* 1898.II.202; App. Messine 9 nov. 1927, *Riv. di dr. e proc. pén.* 1928.II.182; Cass. 7 août 1935, *Riv. di dr. int.* 1935.414.

(3) Pour M. Lerebours-Pigeonnière l'une et l'autre notions justifient convenablement la solution. V. aussi l'appel aux deux motifs dans Civ. 15 juin 1887, D. P. 88.1.412, S. 90.1.440, G. P. 87.2.127. V. cependant contre l'idée de clandestinité, Balogh, *Le mariage des Français à l'étranger*, *Livre souvenir des journées de dr. civil de Montréal* 1936, p. 69.



Français qui se marient à l'étranger ; mais la seule violation de cette règle ne saurait entraîner la nullité, puisque le défaut de publication préalable ne constitue en lui-même qu'un empêchement prohibitif. Le vrai motif de la nullité est donc que les parties n'ont été contracter mariage à l'étranger que pour échapper à l'ensemble des lois françaises sur la publicité, l'inobservation de l'article 170 n'étant qu'un des indices de cette intention : la raison formelle de l'annulation est donc bien la fraude à la loi.

Il n'est d'ailleurs pas indifférent de relever que la loi française éludée étant celle qui prescrit la publicité, le mariage se trouve, par voie de conséquence, entaché de clandestinité. On en conclura que s'agissant d'un vice de forme, la possession d'état rendra les époux irrecevables à invoquer la nullité (art. 196 C. civ.) (1).

440. **Mariage des étrangers en France.** — L'application de la règle *locus regit actum* conduit à considérer comme valable le mariage célébré en France selon les règles de forme de la loi française, c'est-à-dire devant l'officier d'état-civil.

Le fonctionnement de ce système n'offre normalement pas de difficulté puisqu'il s'agit de règles de forme à observer sur notre territoire. Néanmoins il faut rappeler que les étrangers en séjour temporaire ne peuvent se marier qu'après autorisation préfectorale (Ord. du 2 nov. 1945 ; D. 21 févr. 1946 ; cf. déjà D. 12 nov. 1938, art. 7 à 9 ; v. *supra* n. 164). D'autre part, il peut être nécessaire de publier hors de nos frontières le mariage d'un étranger en France. Si la loi étrangère ne se prête pas à

(1) V. en ce sens Req. 16 juin 1829, D. P. 29.1.272, S. 29.1.261 ; Req. 12 févr. 1833, D. P. 33.1.120, S. 33.1.195 ; Req. 25 févr. 1839, S. 39.1.187 ; Req. 10 mars 1841, D. P. 41.1.171, S. 41.1.302 ; Req. 17 août 1841, D. P. 41.1.338, S. 41.1.681 ; Rennes 27 août 1879, S. 81.2.129 ; Douai 5 déc. 1904, *La Loi*, 12 janv. 1905 ; Rouen 17 janv. 1912, *Rec. Rouen* 1912.5 ; Lyon 2 févr. 1922, *Mon. jud. Lyon* 2 oct. 1922 ; Req. 7 janv. 1929, S. 1929.1.104. On pourrait aussi en déduire que les collatéraux sont recevables à agir puisque l'article 191 leur permet d'invoquer la clandestinité. Mais ils pourraient aussi bien, à notre sens, agir pour fraude à la loi, parce qu'une cause de nullité absolue qui n'est prévue par aucun texte doit pouvoir être invoquée par tous ceux dont la loi admet en général l'action. V. cependant en sens contraire Nîmes 23 fév. 1858, S. 58.2.385 ; Paris 20 janv. 1873, S. 73.2.177. On pourrait aussi fonder sur ce caractère de la nullité le rejet de la fin de non recevoir opposée aux parents du fait qu'ils ont approuvé le mariage (art. 183), mais la notion de fraude à la loi aboutit au même résultat puisque la nullité est absolue dans les deux cas, alors que l'article 183 organise une renonciation à agir en nullité relative de la part des parents, dont le consentement, requis, n'a pas été obtenu. D'anciens arrêts de la Cour de cassation ont cependant accueilli cette fin de non recevoir (Req. 17 août 1841, D. P. 41.1.338, S. 41.1.681 ; Req. 14 juin 1845, S. 45.1.727 ; Req. 8 mars 1875, S. 75.1.171 ; Req. 11 mai 1875, S. 75.1.295. V. pour les arrêts postérieurs des cours d'appel, le *Rép. de dr. int.*, v. *Mariage* par Goulé, n. 259) considérant que la fraude à la publicité avait eu pour but d'éluder le consentement des parents. La solution est hardie, parce que la publicité n'a pas pour but exclusif de provoquer l'opposition des parents. En tous cas, il va de soi que si les futurs époux étaient mineurs selon la loi française, le mariage non publié serait nul simplement pour incapacité. Comme la réforme de 1933 a supprimé pour les majeurs toute obligation de requérir le consentement de leurs parents, la question ne devrait plus se poser aujourd'hui, au moins telle quelle. V. cependant le cas de futurs époux majeurs allant se marier à l'étranger après opposition de leurs parents pour éviter la procédure de mainlevée (Req. 5 juil. 1905, D. P. 1905.1.471, S. 1906.1.141, *R. 1905.714*) ; des circonstances de fait aussi précises peuvent faire admettre que l'intention frauduleuse a exclusivement visé les droits des parents. Mais la fin de non recevoir opposée aux parents qui auraient ultérieurement approuvé le mariage est une règle prétorienne qui n'a plus de rapport avec l'art. 183.



cette procédure, il a été admis qu'un jugement pouvait en tenir lieu. V. Trib. Montmédy 1<sup>er</sup> déc. 1896 (*Gaz. Trib.* 23 déc. 1896; *Le Droit* 9 janv. 1897), pour des Alsaciens déserteurs de l'armée allemande, dont le projet de mariage ne pouvait être publié à leur domicile en Alsace. Une dispense de publications, vu la force majeure, serait une solution plus simple.

L'application de la forme française est entrée souvent en conflit avec des lois étrangères prescrivant à leurs ressortissants un mariage religieux. L'esprit de ces législations est de considérer ces prescriptions comme touchant au fond du droit, et suivant par suite leurs nationaux à l'étranger. Le mariage civil en France d'un Grec sera donc réputé nul en Grèce. Mais il paraît difficile, dans l'état actuel du droit positif français, de ne pas regarder le caractère religieux ou laïc du mariage comme une question de forme. Selon les heureuses expressions de M. Lerebours-Pigeonnière « notre droit interne étant sécularisé n'offre aucun point d'appui pour la qualification d'une condition tendant à faire pénétrer la religion dans le droit » (*Précis* n. 329). Si notre conception du mariage ignore son sens religieux, ce dernier ne peut être aux yeux de nos juges qu'une question de forme, et le mariage civil en France est donc valable quelles que soient les dispositions de la loi étrangère, en vertu de la règle *locus regit actum*: c'est notre qualification de forme qui prévaut.

C'est en ce sens que se sont prononcées la majorité des décisions, notamment pour des Israélites russes auxquels la loi tsariste imposait le mariage devant le rabbin (1). La même solution est donnée en Allemagne et aussi en Italie où pourtant les accords de Latran ont fait admettre la valeur civile du mariage canonique (2).

Mais d'autres décisions ont annulé ces mariages civils contractés contrairement aux dispositions de la loi personnelle, notamment aussi pour des Israélites russes et autrichiens (3). Et si cette solution ne paraît pas conforme à l'état actuel de notre droit positif, il est permis de penser que c'est notre droit positif dont l'attitude appelle la critique. Le mariage religieux, pour ceux qui y recourent sérieusement, n'est pas une question de forme, mais tient à la conception que se font les époux de la substance même du mariage: il y a une différence de fond entre la notion d'un lien religieux et celle d'un lien purement civil. La notion purement civile de la loi française lui rend assurément difficile de faire

(1) Seine 29<sup>er</sup> janv. 1841, *Gaz. Trib.* 4 févr. 1841; Seine 26 juin 1912, R. 1913.134, conclusions du substitut Morner, S. 1912.294; 27 mai 1913, R. 1913.857, G. P. 1913.1.688; 10 déc. 1918, R. 1919.120, conclusions du substitut Dumas; Paris 22 déc. 1921, J. 1922.135; Paris 17 nov. 1922, D. P. 1923.2.59, S. 1924.2.65, note Audinet, J. 1923.85, R. 1923.437; Douai 28 mars 1928, *Rec. Douai* 1928.163, *La Loi* 3 nov. 1928; Seine 27 avril 1933, R. 1935.759, note J.-P. N.; Toulouse 14 déc. 1943, S. 1944.2.53 (sol. impl.) note Niboyet.

(2) V. pour l'Allemagne Frankenstein, *La forme du mariage en dr. int. privé*, *Nouv. Rev. de dr. int. pr.* 1934.235, 560; Nussbaum, p. 140 (avec le curieux tempérament admis en Prusse). Pour l'Italie, v. Fedozzi p. 417; cf. Ghenadieff, *La juridiction des Eglises et les conflits de lois en matière de mariage en Bulgarie*, thèse, Paris, 1939.

(3) Paris 2 mars 1868, S. 68.2.312; Paris 19 janv. 1898, J. 98.745; Seine 28 avril 1906, R. 1906.751; 25 nov. 1907, R. 1908.242; 19 nov. 1920, *Gaz. Trib.* 1<sup>er</sup> févr. 1921; Trib. Riom 24 mars 1932, *La loi* 28 févr. 1933. La Convention de La Haye (art. 5) dispose seulement, que le pays qui exige une célébration religieuse pourra ne pas reconnaître le mariage civil contracté à l'étranger. Le Code Bustamante en décide de même dans son art. 41.



cette procédure, il a été admis qu'un jugement pouvait en tenir lieu. V. Trib. Montmédy 1<sup>er</sup> déc. 1896 (*Gaz. Trib.* 23 déc. 1896, *Le Droit* 9 janv. 1897), pour des Alsaciens déserteurs de l'armée allemande, dont le projet de mariage ne pouvait être publié à leur domicile en Alsace. Une dispense de publications, vu la force majeure, serait une solution plus simple.

L'application de la forme française est entrée souvent en conflit avec des lois étrangères prescrivant à leurs ressortissants un mariage religieux. L'esprit de ces législations est de considérer ces prescriptions comme touchant au fond du droit, et suivant par suite leurs nationaux à l'étranger. Le mariage civil en France d'un Grec sera donc réputé nul en Grèce. Mais il paraît difficile, dans l'état actuel du droit positif français, de ne pas regarder le caractère religieux ou laïc du mariage comme une question de forme. Selon les heureuses expressions de M. Lerebours-Pigeonnière « notre droit interne étant sécularisé n'offre aucun point d'appui pour la qualification d'une condition tendant à faire pénétrer la religion dans le droit » (*Précis* n. 329). Si notre conception du mariage ignore son sens religieux, ce dernier ne peut être aux yeux de nos juges qu'une question de forme, et le mariage civil en France est donc valable quelles que soient les dispositions de la loi étrangère, en vertu de la règle *locus regit actum*: c'est notre qualification de forme qui prévaut.

C'est en ce sens que se sont prononcées la majorité des décisions, notamment pour des Israélites russes auxquels la loi tsariste imposait le mariage devant le rabbin (1). La même solution est donnée en Allemagne et aussi en Italie où pourtant les accords de Latran ont fait admettre la valeur civile du mariage canonique (2).

Mais d'autres décisions ont annulé ces mariages civils contractés contrairement aux dispositions de la loi personnelle, notamment aussi pour des Israélites russes et autrichiens (3). Et si cette solution ne paraît pas conforme à l'état actuel de notre droit positif, il est permis de penser que c'est notre droit positif dont l'attitude appelle la critique. Le mariage religieux, pour ceux qui y recourent sérieusement, n'est pas une question de forme, mais tient à la conception que se font les époux de la substance même du mariage: il y a une différence de fond entre la notion d'un lien religieux et celle d'un lien purement civil. La notion purement civile de la loi française lui rend assurément difficile de faire

(1) Seine 29<sup>er</sup> janv. 1841, *Gaz. Trib.* 4 févr. 1841; Seine 26 juin 1912, R. 1913.134, conclusions du substitut Mornet, S. 1912.2.94; 27 mai 1913, R. 1913.857, G. P. 1913.1.688; 10 déc. 1918, R. 1919.120, conclusions du substitut Dumas; Paris 22 déc. 1921, J. 1922.135; Paris 17 nov. 1922, D. P. 1923.2.59, S. 1924.2.65, note Audinet, J. 1923.85, R. 1923.437; Douai 28 mars 1928, *Rec. Douai* 1928.163, *La Loi* 3 nov. 1928; Seine 27 avril 1933, R. 1935.759, note J.-P. N.; Toulouse 14 déc. 1943, S. 1944.2.53 (sol. impl.) note Niboyet.

(2) V. pour l'Allemagne Frankenstein, *La forme du mariage en dr. int. privé*, *Nouv. Rev. de dr. int. pr.* 1934.235. 560; Nussbaum, p. 140 (avec le curieux tempérament admis en Prusse). Pour l'Italie, v. Fedozzi p. 417; cf. Ghenadiëff, *La juridiction des Eglises et les conflits de lois en matière de mariage en Bulgarie*, thèse, Paris, 1939.

(3) Paris 2 mars 1868, S. 68.2.312; Paris 19 janv. 1898, J. 98.745; Seine 28 avril 1906, R. 1906.751; 25 nov. 1907, R. 1908.242; 19 nov. 1920, *Gaz. Trib.* 1<sup>er</sup> févr. 1921; Trib. Riom 24 mars 1932, *La loi* 28 févr. 1933. La Convention de La Haye (art. 5) dispose seulement que le pays qui exige une célébration religieuse pourra ne pas reconnaître le mariage civil contracté à l'étranger. Le Code Bustamante en décide de même dans son art. 41.



sa place, dans les conflits de lois, à la notion étrangère d'un mariage religieux qui a valeur légale. C'est un nouvel exemple de la difficulté qu'offre la transposition dans les conflits de lois des qualifications du droit interne; mais il n'est pas dit que la pression des faits ne conduira pas à l'assouplissement sur ce point de notre définition interne, comme nous en avons admis la possibilité (n. 295). Nous verrons que la voie s'est déjà ouverte en matière de divorce (ci-dessous n. 465) (1).

Ces considérations laissent d'ailleurs intacte la question de savoir si le mariage religieux des étrangers serait possible en France, sinon obligatoire, elle sera examinée plus loin (ci-dessous n. 443).

441. II. Mariage en la forme diplomatique ou consulaire. Compétence des agents diplomatiques et consulaires français à l'étranger. — S'il a paru indispensable à la plupart des Etats que, d'une manière générale, l'état-civil de leurs nationaux à l'étranger pût être constaté par des fonctionnaires de leur pays, le mariage ne devait évidemment pas échapper à la règle. Son caractère d'acte du droit de la famille, qui se traduit par l'application de la loi personnelle aux conditions de fond et aux effets, réfléchit ainsi sur les règles de forme.

Il ne s'agit d'ailleurs que d'une faculté, non d'une obligation: les époux ont le choix entre la forme diplomatique ou consulaire et la forme locale, ce sont les termes mêmes de l'article 170 C. civ., qui prévoit les deux procédures.

D'autre part, les agents diplomatiques ou consulaires ne sont en principe compétents que pour les mariages contractés entre un Français et une Française. La Cour de cassation a interprété très tôt en ce sens l'article 48 C. civ., qui donne mission aux agents diplomatiques et aux consuls de recevoir les actes de l'état-civil « des Français »; ce texte dérogeant à la maxime *locus regit actum* doit être entendu restrictivement (Civ. 10 août 1819, S. chr.).

Mais il est apparu par la suite que ce principe présentait des inconvénients sérieux dans les pays, notamment musulmans, où la forme locale est exclusivement religieuse. La loi du 29 novembre 1901, ajoutant deux paragraphes à l'article 170, a donc décidé que les agents diplomatiques et consulaires français pourraient procéder au mariage d'un Français avec une étrangère dans les pays qui seraient désignés par décret (2). Mais l'interprétation restrictive persistant, on considère que ce texte ne concerne pas le mariage d'une Française avec un étranger (la loi allemande se contente au contraire de ce que l'un des futurs époux soit alle-

(1) Le problème s'est aussi posé en matière coloniale parce que nos règles de conflits y admettent (sous des distinctions d'ailleurs complexes, v. ci-dessus n. 438) la valeur de la célébration religieuse, et il a fallu se demander s'il s'agissait d'une règle de pure forme ou si le fond et les effets de mariage y étaient engagés. V. Alger, 12 déc. 1932, J. 1936.158, et nos observations R. 1937.420. Bien entendu l'ensemble du problème étudié au texte suppose que la loi étrangère reconnaît au mariage religieux sa valeur comme telle, plus précisément sacramentelle. V. Basdevant R. 1908.284; Audinet, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926.1.204.

(2) Le décret du 29 déc. 1901 a désigné la Turquie, l'Egypte, la Perse, le Siam, la Chine. V. aussi les décrets du 2 août 1902, 8 mars 1937, 30 avril 1938; le décret du 26 oct. 1939 vise les pays suivants: Afghanistan, Arabie saoudienne, Chine, Egypte, Irak, Iran, Japon, Maroc (zone de Tanger), Oman (Mascate), Thaïlande, Yémen.



mand pour donner compétence à ses consuls, v. Nussbaum p. 142. Cependant on reconnaîtra le mariage de la Française devant le consul de la nationalité de son mari (v. Goulé, *Rép. de dr. int.*, V<sup>o</sup> Mariage n. 99) : cette solution prétorienne concorde mal avec le principe de l'interprétation stricte des textes précédemment invoqué. La considération que la Française prendra la nationalité de son mari n'est plus concluante depuis 1927 et ne concerne pas la forme. Mieux vaudrait interpréter la loi de 1901 *a pari*.

Les agents diplomatiques et consulaires exercent les fonctions d'officier d'état-civil selon les règles du Code civil ainsi qu'on l'explique en droit civil à propos des officiers d'état-civil (1). Le droit civil examine aussi les modalités de publicité en France des actes qu'ils reçoivent. C'est par contre le droit international public qui recherche si la nature générale de leur mission ne retentira pas sur l'exercice de leurs fonctions en notre matière, notamment quant à la possibilité de refuser la célébration des mariages qu'ils estimeraient diplomatiquement inopportune (v. Trib. Conflits 25 mars 1911, *Rouzier*, J. 1911.877; R. 1911.96).

442. **Compétence des agents diplomatiques et consulaires étrangers en France.** — En donnant compétence à ses consuls pour marier les Français à l'étranger, la France déclare admis par le droit international public que le service consulaire exerce ses fonctions en territoire étranger. Les tribunaux internes sont donc fondés à en déduire la validité au regard de la France des mariages célébrés sur notre territoire par les consuls étrangers de la nationalité des époux. V. le *Rép. de dr. int.*, V<sup>is</sup> Mariage, par Goulé, n. 317, *Actes de l'Etat civil*, par Nast, n. 95, et *Consul*, par Jordan, n. 463. Sur la pratique internationale v. Audinet *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926.1.206. On sait en effet que les juges internes ont qualité pour constater et appliquer dans l'ordre interne les règles de l'ordre international, tant que le pouvoir politique n'a pas manifesté expressément ou implicitement une conception définie à ce sujet, conception que les juges internes auraient le devoir de suivre (n. 40). Or rien n'indique que le pouvoir politique français, en donnant mission à nos consuls de marier les Français à l'étranger, ait entendu organiser des actes qui n'aient de valeur qu'au regard de la France sans affirmer la compétence de nos consuls même à l'égard du pays de leur résidence. Pareille conception d'une fonction quasi occulte ne peut se présumer, et en l'absence de tout refus exprès ou implicite aux consuls étrangers de l'exercice des mêmes pouvoirs en France, il est juridique d'en conclure à sa régularité.

Les traités qui ont expressément reconnu les pouvoirs des consuls en la matière sont au surplus rares (v. Goulé, *Rép. de dr. int.*, V<sup>o</sup> Mariage n. 110), c'est donc bien une règle non écrite de droit international public qu'applique ici la jurisprudence.

(1) On enseigne aussi en droit civil qu'il existe aux armées des officiers d'état-civil pour recevoir les actes intéressant les militaires. Ces actes peuvent être reçus à l'étranger en cas de guerre ou d'occupation, mais c'est là une circonstance accidentelle qui n'intéresse pas directement le droit international privé. La forme locale reste d'ailleurs possible : Civ. 23 août 1826, D. P. 27.1.8, S. 27.1.108.



MARIAGE

Elle la subordonne d'ailleurs à la condition que les deux époux soient ressortissants du pays d'origine de l'agent diplomatique ou consulaire (Civ. 30 juil. 1900, D. P. 1901.1.317, S. 1902.1.225, note Whal. V. aussi, postérieurement Seine 2 sept. 1920, R. 1921.165, Gaz. Trib. 1921.2.196). Cette restriction est conforme au fondement de la règle: la France, en ne donnant compétence générale à ses consuls que pour le mariage des ressortissants français n'a « avoué » la règle internationale que dans cette mesure. La tolérance qui y déroge dans certains cas (n. 441) suppose des conditions de lieu qui ne se rencontrent pas en France.

Il en résulte en tous cas qu'une Française ne saurait épouser en France un étranger devant le consul de ce dernier (Civ. 30 juil. 1900, précité; v. aussi les espèces antérieures citées au Rép. de dr. int., V<sup>e</sup> Mariage, par Goulé, n. 318).

Enfin, la validité du mariage suppose la vérification que la loi du pays d'origine de l'agent diplomatique ou consulaire donnait effectivement pouvoir à ce dernier de procéder à la célébration. V. la nullité du mariage de deux Guatémaltèques en France par leur consul faute de compétence de ce dernier d'après la loi du Guatemala, Seine 15 mars 1932, D. P. 1934.2.75, R. 1935.436 (1).

443. Rôle éventuel de la loi nationale en matière de forme du mariage. — La licéité du mariage consulaire manifeste les liens du mariage, même en la forme, avec la loi nationale. Ne serait-il pas expédient de reconnaître la validité du mariage célébré en la forme nationale? La solution concorderait avec le caractère facultatif généralement reconnu à la règle *locus regit actum*: puisqu'en matière de contrats les parties peuvent substituer à la loi du lieu de conclusion celle de leur nationalité commune, pourquoi ne pas reconnaître pareille liberté aux époux en un domaine où le statut personnel est directement intéressé au moins quant au fond? On pourrait ainsi valider les mariages religieux contractés en France par des étrangers conformément aux prescriptions de leur loi personnelle.

La jurisprudence française, approuvée par la majorité des auteurs contemporains, s'est jusqu'ici prononcée dans son ensemble pour la négative: les époux n'ont le choix qu'entre la forme locale et la forme diplomatique ou consulaire (2). On a précisé que le délit de célébration d'un

(1) Certains ajoutent que le consul étranger devra respecter l'ordre public français pour la raison qu'il tient ses pouvoirs d'une concession de l'autorité française. (V. Audinet, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926.1.209). La solution ne nous paraît pas s'imposer: qu'un consul étranger marie, selon sa loi nationale, un jeune homme mineur de dix-huit ans ou un oncle et sa nièce ne nous paraît pas du tout aussi choquant en soi, et dangereux pour l'opinion, que la célébration de pareilles unions par un officier d'état civil français. Les consuls étrangers ne tiennent pas leurs pouvoirs d'une concession de l'autorité française, mais du droit international public reconnu par la France. Aussi bien les tribunaux français ont-ils décidé qu'un agent diplomatique français était fondé à refuser, pour raisons politiques, de célébrer le mariage d'un Français contraire à la loi locale; ils n'ont pas dit qu'il était tenu en droit par la limite de ses pouvoirs de respecter l'ordre public local (Affaire Rouzier). (2) Paris 18 déc. 1837, D. P. 38.2.177, S. 38.2.113; Paris, 6 avril 1869, S. 70.2.178; Seine 2 juil. 1872, S. 72.2.248; Paris 3 mars 1898, D. P. 98.2.120, J. 98.366; Req. 9 mai 1906, S. 1906.1.361; Paris 1<sup>er</sup> mars 1922, S. 1924.2.65, note Audinet, R. 1922-23.310. Il y a



mariage religieux sans justification d'un mariage civil préalable concerne les prêtres étrangers aussi bien que les Français, la loi pénale s'appliquant à tous les actes accomplis sur le territoire (Trib. corr. Toulouse 7 mai 1890, G. P. 90.2 Supp. 70, J. 91.223; v. aussi la lettre du Garde des Sceaux du 11 mai 1892, J. 92.1242).

Mais la question est précisément de savoir si la règle *locus regit actum*, saine ment entendue avec son caractère facultatif, ne devrait pas rendre valide, donc licite *a fortiori* au regard de la loi pénale, le mariage conclu en France selon les formes de la loi nationale. Au moins un arrêt auteurs penchent en ce sens (1). Pour M. Lerebours-Pigeonnière (n. 326) l'obligation imposée aux étrangers de se marier devant l'officier d'état-civil est un effet de l'intervention de l'ordre public attachée au caractère laïc du mariage; elle n'a d'ailleurs pour lui qu'un sens tout relatif et ne s'impose pas avec nécessité.

Il semble que la nullité du mariage religieux tienne plutôt en droit positif à la notion que le mariage est un acte trop important pour que sa forme soit abandonnée à la volonté des parties: la règle *locus regit actum* ne saurait être facultative en ce domaine (2).

Sans aller jusqu'à dire avec Fedozzi que la forme du mariage est ce qui intéresse le plus l'Etat, il faut convenir que la publicité de cet acte en est un caractère essentiel dans la conception française et qu'elle se traduit par des règles de forme. Mais qu'en conclure sinon que nous n'accepterions pas sur notre territoire un mariage *clandestin*? Si la forme étrangère assure une publicité suffisante, on ne voit pas d'objection de principe à laisser les parties libres, comme dans les actes patrimoniaux, de choisir le mode de célébration qui leur convient le mieux; la nature de la forme importe peu si les buts des lois de forme sont atteints. D'autre part, on a suffisamment vu les liens étroits entre la forme et le fond, surtout quand il s'agit de mariages religieux, pour penser que l'application de la même loi personnelle aux deux séries de questions est propre à éluder bien des difficultés en même temps qu'elle répond à la nature des choses. La concession qui pourrait être faite à l'opinion redoutant la

cependant lieu d'observer que dans toutes ces affaires, sauf la dernière, l'un des futurs époux était français, ce qui rendait assurément difficile le recours à la forme nationale d'un seul des conjoints. On a soutenu, notamment dans la dernière espèce, la validité du mariage par la considération qu'il avait été célébré dans l'hôtel de l'agent diplomatique étranger, c'est-à-dire en territoire étranger; mais cette vue, qui avait été accueillie en première instance (Seine 20 nov. 1920, concl. du subst. Lyon-Caen, R. 1921.226) a été écartée par la Cour et ne paraît pas en effet conforme aux tendances actuelles du droit international public sur la portée de l'exterritorialité des hôtels diplomatiques. V. Pillet, *Principes*, p. 479. Dans le sens de la jurisprudence précitée Arminjon, II, n. 60; Niboyet, *Manuel*, n. 623; Bartin, *Principes* § 169; Valéry, n. 737; Surville n. 285.

(1) V. Pillet, *Traité pratique*, n. 259; Audinet, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926. 1.201; Rigaud, *Le mariage religieux, ses effets en droit comparé et en droit international*, Bull. de l'Institut catholique de Paris, 25 janv. 1930, p. 18; A. Laurent, J. 95.268; Champcommunal, *Rev. crit.* 1896.586; Travers, J. 1902.916.

(2) En suivant cette explication on annule le mariage contracté par des étrangers dans un pays tiers selon les formes de leur loi nationale, sauf peut-être au cas où la loi du lieu de célébration renverrait à la loi nationale. Pour M. Lerebours-Pigeonnière au contraire, ce mariage est valable, l'ordre public seul s'opposant à sa célébration en France (n. 325). Cf. Pillet, I, n. 259, Basdevant, R. 1908.284; Audinet, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1926.1.202.



liberté de choix en matière de mariage consisterait à ne donner option qu'entre la forme locale et la forme nationale eu égard aux titres particuliers de ces deux lois (1). Et l'ordre public s'opposerait de toute façon aux mariages purement consensuels ou même privés.

En Allemagne, la règle *locus regit actum* est réputée obligatoire pour les mariages célébrés sur le territoire allemand. Mais cette solution tient à la rédaction de l'art. 13 § III de la loi d'introduction, et n'est pas étendue aux mariages conclus hors d'Allemagne pour lesquels le caractère facultatif de la règle reprend son empire, au moins par l'option entre la loi locale et la loi personnelle, v. Nussbaum p. 140. De même la Convention de La Haye (art. 7) admet le mariage en la forme nationale. Par contre en Italie, la règle est regardée comme obligatoire même pour les Italiens qui contracteraient mariage à l'étranger en la forme religieuse contrairement à la loi locale, alors que le mariage religieux a valeur civile en Italie depuis les accords de Latran. V. Fedozzi p. 422. Le droit espagnol va encore plus loin dans le sens de l'impérativité, mais en une direction toute différente: il n'admet le mariage des Espagnols à l'étranger qu'en la forme consulaire à l'exclusion de la forme locale. V. Trias de Bes, p. 68.

444. B. Domaine de la loi applicable à la forme du mariage.  
**Distinction de la forme et du fond.** — La dualité de lois compétentes pour la forme et le fond du mariage oblige à délimiter leurs domaines respectifs.

Entrent dans le domaine de la forme tout d'abord les questions de compétence: les pouvoirs d'un officier public ne peuvent être déterminés que par la loi qui l'institue (2). Il en est de même des matières de procédure: comme un juge, un fonctionnaire ne peut agir que selon les modalités établies par la loi qui lui confère ses pouvoirs. On en décidera donc ainsi pour les publications: la Cour de cassation a jugé que la loi locale décidait de la dispense possible de publications (Req. 9 nov. 1846, D. P. 46.1.337, S. 47.1.55. V. aussi Lyon 29 déc. 1881, G. P. 81.82. 2.485; Goulé, *loc. cit.* n. 145). Les oppositions relèvent aussi de la loi du lieu de célébration, au moins quant aux délais dans lesquels elles doivent être formées; les formes auxquelles elles sont soumises, la procédure de leur mainlevée. V. Trib. Nice 25 mars 1890, J. 90.488; Seine 8 mars 1920, J. 1920.206. Mais la détermination des personnes qui peuvent faire opposition et des motifs qu'elles sont admises à invoquer a été jugée relever de la loi personnelle des époux (Seine 30 janv. 1913, R. 1922-23.494; Seine 10 janv. 1917, J. 1918.1192), même si l'opposant est soumis à une loi personnelle différente, car l'institution est établie dans l'intérêt des futurs époux, Seine 21 déc. 1885, J. 86.448. Cette compétence de la loi personnelle est justifiée dans la mesure où la détermination des opposants et des motifs de l'opposition traduit le con-

(1) La forme prévue par la loi nationale d'un seul des époux pourrait à la rigueur être acceptée. V. Rabat 5 juil. 1932, *Rec. de Rabat* 1932.530 qui paraît l'admettre, mais pour la forme religieuse qui est en même temps au Maroc une forme locale.

(2) Pour la détermination de la qualité de célébrant, v. Trib. Avranches 23 nov. 1922, cité par Goulé, *Rép. de dr. int.*, V° *Mariage*, n. 145. Cf. cep. Chambéry, 7 août 1885, S. 86.1.187, décision isolée et difficile à justifier.



trôle de la famille sur le projet de mariage, comme c'était le cas avant la loi du 8 avril 1927 pour l'opposition non motivée des ascendants. Mais le régime actuel de l'opposition exprime plutôt le désir du législateur de l'entraver, les membres de la famille étant d'ailleurs censés avoir plus que les tiers connaissance de la situation; il s'agit donc là essentiellement d'une règle de procédure et la loi du lieu de célébration paraît compétente.

Cette même loi détermine les pièces à produire (1) la possibilité et les conditions du mariage par procuration (V. Goulé, *Rép. de dr. int.*, v° *Mariage*, n. 159 et 314-316), les règles de célébration, notamment la présence des témoins (Req. 31 janv. 1927, S. 1927.1.144); on a vu à cet égard l'importante question de la nature du caractère religieux ou civil de la célébration quant à la loi applicable (n. 440). Enfin, la loi du lieu de célébration déterminera les formes de rédaction de l'acte constatant le mariage, notamment les mentions et les signatures qu'il comporte (2). Ce dernier point touche déjà à la preuve du mariage.

445. *Preuve du mariage.* — Il est fréquemment affirmé que la preuve du mariage est régie par la même loi que sa forme à savoir la loi du lieu de sa célébration. On a vu à propos de la preuve de l'état-civil en quel sens peut être acceptée cette application à la preuve de la règle *locus regit actum* (n. 409), et il suffit ici d'y renvoyer; la théorie générale qui a été exposée à propos de l'ensemble des actes de l'état-civil s'applique telle quelle au mariage. La jurisprudence qui a admis la valeur du mariage dans les formes diverses des lois locales a appliqué en même temps à la preuve de ces mariages la loi du lieu de leur formation (voir les arrêts cités ci-dessus n. 438).

Il y a lieu de noter que la Cour de cassation paraît avoir considéré la preuve du mariage par possession d'état dans le cas de l'article 197 C. Civ. comme une règle de statut personnel que peut invoquer l'enfant français même quand ses parents se sont mariés à l'étranger (Req. 8 juil. 1886, J. 86.585, G. P. 86.2.362. V. aussi Rouen 25 juil. 1906, D. P. 1907.2.257, note Fiore; Seine 2 nov. 1917, R. 1920.408). La solution se justifie plus simplement par la notion que les parties peuvent toujours, comme nous l'avons soutenu, se prévaloir devant un tribunal français des modes de preuve admis par la loi française.

446. *Nullité du mariage pour vice de forme.* — La loi qui fixe les conditions de forme du mariage détermine aussi les cas de nullité pour vice de forme. Les raisons de décider ainsi sont les mêmes que pour les nullités tenant au fond: il appartient à la même loi de dire quelles

(1) Trib. Grenoble, 29 mars 1919, R. 1919.30. V. pour le Code des Deux-Siciles, exigeant la production d'une promesse antérieure de mariage, Lyon 21 juil. 1871, S. 72.2.201, déclarant valable le mariage célébré entre deux Napolitains à Venise sans cette formalité.

(2) V. Req. 16 juil. 1929, D. P. 29.1.272, S. 29.1.261; Bordeaux 10 août 1831, D. P. 31.2.257, S. 32.2.103 pour la signature des témoins. Req. 15 avril 1861, S. 61.1.721 pour la mention du consentement des parents. Cf. pour les conflits coloniaux Alger 12 sept. 1919, 6 mai 1920, *Revue Alger*, 1921.2.47.



règles doivent être suivies et les conséquences de leur inobservation (n. 436) (1).

Mais on propose (Lerebours-Pigeonnière n. 324; *Contra Travers*, *La convention de La Haye relative au mariage*, II, n. 702) de remettre à la loi personnelle des époux le soin de déterminer qui peut agir en nullité même pour vice de forme. Et d'autre part une jurisprudence d'une surprenante abondance a soumis au statut personnel des Français s'étant mariés à l'étranger la fin de non recevoir tirée de la possession d'état que l'article 196 autorise les époux à s'opposer respectivement en cas de nullité pour vice de forme (2). Ces solutions paraissent impliquer que l'action en nullité intéresse donc le statut personnel parce qu'elle met en cause l'existence du lien. Une pareille vue s'accorde avec la notion que la forme du mariage intéresse aussi le statut personnel et n'est remise à la loi du lieu de célébration que pour la commodité des époux, la loi personnelle gardant toujours vocation éventuelle à la régir. Il en résulterait que c'est le régime entier de l'action en nullité qui se trouverait soumis à la loi personnelle, y compris son délai d'exercice.

Mais la fin de non recevoir de l'article 196 revient à remédier à la clandestinité, à laquelle se ramènent les vices de forme, par la possession d'état qui implique dans ses éléments la publicité. Il s'agit donc bien d'une règle de forme, et on voit mal comment on pourrait refuser son bénéfice aux étrangers mariés en France selon les formes françaises et jouissant en France de la possession d'état d'époux légitimes. La double portée de l'article 196 quant au mariage des Français à l'étranger et à celui des étrangers en France n'est d'ailleurs pas plus contradictoire que la compétence cumulative de la loi locale et de la loi personnelle pour la forme des actes. La jurisprudence n'a cependant pas consacré jusqu'ici cette solution (3).

**447. Mariage putatif.** — La même idée que la nullité du mariage met en cause l'existence du lien, et intéresse donc le statut personnel, conduit à soumettre à la loi personnelle les conditions et les effets du *mariage putatif* (1). La solution est parfois apparue assez nettement en

(1) En ce sens Trib. Strasbourg 21 déc. 1920, G. P. 1921.2.425; Trib. Autun 27 juil. 1921, *Rec. de Dijon* 1921.146; Seine 27 oct. 1921, *Gaz. Trib.* 20 nov. 1921; Pau 29 déc. 1925, G. P. 1926.1.363.

(2) Pour se borner aux arrêts de la Cour de cassation : Req. 16 juin 1829, D. P. 29.1.372, S. chr.; Req. 12 févr. 1833, D. P. 33.1.120, S. 33.1.195; Req. 25 févr. 1839, S. 39.1.187; Req. 10 mars 1841, D. P. 41.1.171, S. 41.1.302; Req. 17 août 1841, D. P. 41.1.338, S. 41.1.681; Req. 14 juin 1845, D. P. 45.1.307, S. 45.1.726; Req. 8 nov. 1853, S. 56.1.17; Req. 26 juil. 1865, S. 65.1.393; Req. 9 mai 1905, D. P. 1905.1.367, S. 1906.1.161; Req. 7 janv. 1929, S. 1929.1.104.

(3) La Cour de cassation a refusé d'appliquer l'article 196 à des époux étrangers mariés à l'étranger, mais sans qu'il ait été établi que la loi étrangère admettait la règle (Req. 9 mai 1905, D. P. 1905.1.367, S. 1906.1.161). Le tribunal de la Seine (15 mars 1932, D. P. 1934.2.75, R. 1935.437) a refusé d'appliquer l'art. 196 à deux Guatémaltèques mariés en France devant leur consul. Il faut reconnaître que la loi française n'était compétente ni au fond ni en la forme. V. aussi Paris 15 mai 1931, G. P. 1931.2.262.

(4) En ce sens Lerebours-Pigeonnière n. 331. V. au contraire pour l'application de la loi du lieu de célébration en cas de nullité pour vice de forme Arminjon, II, p. 460. Les auteurs justifient souvent la compétence de la loi personnelle par l'idée que la bonne foi est une modalité du consentement. V. Audinet, 2<sup>e</sup> éd. p. 489; Despagne, n. 247; Weiss, III, p. 574; Rolin, II, p. 102; Baudry-Lacantinerie et Houquesgnet, *Des personnes*, III, n. 2309. Pilleul, *Traité pratique*, I, p. 566 et M. Niboyet, *Manuel*, n. 627-4<sup>o</sup> appliquent la loi personnelle du mari parce qu'elle détermine le statut de la famille. Il paraît préférable d'appliquer, distributivement la loi person-



jurisprudence (v. Alger 28 juin 1887, *Gaz. Trib.* 4 nov. 1887); mais la plupart des décisions sont plutôt évatives. Elles paraissent considérer le mariage putatif comme une institution d'équité s'imposant quand la bonne foi est constatée, sans préciser au nom de quelle loi elles l'appliquent. Or cette faveur est assez arbitraire, précisément en raison de son équité, pour recevoir dans les différentes législations des modalités sensiblement variées, ou même être complètement exclue. Il s'agirait donc d'une application de la loi française au titre de l'ordre public, bien que les arrêts ne le disent pas nettement (1).

### § 3. — EFFETS DU MARIAGE.

448. **Généralités.** — Les effets du mariage sont régis par la loi personnelle des époux: la soumission générale du mariage, comme de tout l'état des personnes, à la loi personnelle entraîne assez naturellement cette conséquence pour qu'il soit inutile de la justifier autrement. Mais l'application de la loi personnelle appelle l'examen des deux questions inhérentes au jeu de toute règle de conflit: 1° la *détermination* de la loi personnelle, notamment dans le cas d'époux de nationalités différentes; 2° le *domaine* de la loi personnelle, c'est-à-dire la délimitation des effets du mariage auxquels cette loi s'applique.

449. **I. Détermination de la loi applicable aux effets du mariage. Epoux de nationalités différentes.** — Le problème général de la loi applicable aux relations de deux époux de nationalités différentes a déjà été discuté (n. 388), et on a conclu que la seule solution acceptable était la détermination d'une loi unique applicable au lien matrimonial.

Si une loi unique doit être choisie, celle du mari paraît avoir tous les titres. La législation française, tout en supprimant la capacité de la femme mariée, n'en qualifie pas moins le mari « chef de famille ». Si par conséquent on admet que le lien matrimonial est une réalité qui doit être soumise à une loi et que le but poursuivi par le législateur en disposant du mariage est de favoriser la cohérence et la stabilité de la famille, on ne voit pas comment atteindre ces objectifs autrement que par l'application de la loi du chef de famille.

Mais ce n'est pas la loi du mari à titre personnel qui s'applique, c'est la loi du chef de famille parce que normalement la nationalité de

nelle à chacun des époux, puisqu'il n'y a pas précisément, par hypothèse de famille fondée, le mariage étant nul. (V. aussi la formule de Fedozzi, p. 465, qui cherche à tenir compte de l'objection). Si une seule des lois personnelles admet le mariage putatif, le résultat ne sera pas plus choquant que quand un seul des époux est de bonne foi: il ne s'agit pas ici de déterminer la loi applicable au lien puisque celui-ci n'existe pas, il s'agit seulement de remédier à certaines des conséquences de son inexistence. Le remède peut n'être que partiel.

(1) V. les décisions citées au *Rép. de dr. int.*, V° *Mariage* par Goulé, n. 454 et s. *Adde*, Aix 8 févr. 1821, S. chr.; Req. 16 juin 1829, D. P. 29.1.272, S. 29.1.261; Paris 18 déc. 1837, S. 38.2.113; Req. 9 nov. 1846, D. P. 46.1.337, S. 47.1.57; Bordeaux 14 mars 1850, S. 52.2.561; Nîmes 23 févr. 1858, S. 58.2.385; Orléans 10 janv. 1894, G. P. 94.1.310; Seine 17 nov. 1926, *Gaz. Trib.* 2 juin 1927; plus nettement en faveur de la loi personnelle (en cas de bigamie) Seine 25 nov. 1936, R. 1938.84.



celui-ci exprime la nationalité de la famille. Si par suite, dans des cas particuliers, il n'en était plus ainsi, on admettrait sans difficulté une solution différente. C'est notamment le cas, maintes fois rencontré, des ménages établis en France où le mari seul est étranger, la femme et les enfants étant Français, en fait comme en droit. Si on cherche la nationalité de cette famille, elle est française et l'application de la loi française aux relations de ses membres est rationnelle (1).

La solution avait été adoptée dans le projet de loi voté par la Chambre en 1924 et dans le texte établi par la Société d'Etudes Législatives en 1930 (v. leurs dispositions dans le *Rép. de dr. int.*, v° *Mariage*, par Goulé n. 475 et 476). Mais pour la consacrer sans texte, il faudrait admettre que la loi personnelle est ici celle de la famille, non celle d'un individu pris comme tel, et la jurisprudence n'en a pas jusqu'ici pris la volée, au moins en matière de divorce, car elle n'a pas eu l'occasion de prendre parti d'une manière générale sur les effets proprement dits du mariage.

**450. Changement de nationalité des époux.** — Si les époux changent de nationalité simultanément, leur nouvelle loi nationale commune gouvernera pour l'avenir les effets du mariage. La solution se fonde sur les mêmes raisons qui commandent en droit interne l'application d'une loi nouvelle aux effets des mariages contractés avant sa promulgation : le mariage est un statut légal qu'il appartient au législateur de modifier à son gré ; les époux, s'ils sont libres de n'y pas entrer, ne peuvent prétendre en déterminer le contenu par leur accord ; ils ne peuvent donc opposer à une loi nouvelle que leur accord a été conclu par référence à une loi ancienne. De même si le changement de la loi applicable procède, non d'une modification législative, mais du jeu de la règle qui attache le statut personnel à la nationalité, il n'y a aucune raison, au cas où cette nationalité change, de permettre aux époux de dénier à leur nouvelle loi

(1) On peut encore citer le cas où le mari serait apatride, et lui seul ; la nationalité de la femme et des enfants, à la supposer commune, caractériserait évidemment celle de la famille. V. en ce sens Nussbaum, p. 147, qui considère d'ailleurs la prépondérance de la loi personnelle du mari comme contraire à l'art. 14 L. Introd. Mais cf. en faveur de la loi du mari Lewald n. 145, avec les références sur la doctrine allemande qui se trouve divisée. La loi du 24 juillet 1921 et le Code Bustamante (art. 43) se sont prononcés pour la loi du mari. V. aussi pour la loi du mari Audinet, p. 212 et J. 1930.328 ; Aubry et Rau, I, § 31, note 49, § 78, note 63, VII, § 469, note 13 bis ; Valéry n. 724. La convention de La Haye n'envisageait le problème qu'au cas où la dualité de nationalités apparaissait au cours du mariage. Le protocole du 28 janvier 1928 compléta le texte de 1905 en prévoyant l'application de la loi du mari. (V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Conférences de dr. int. pr. de La Haye* par P. de Lapradelle n. 141). Le code civil italien de 1942 (art. 8) a conservé les deux solutions. Plusieurs auteurs se prononcent pour la loi du domicile, v. Lerebours-Pigeonnière, n. 239 ; Niboyet, *Manuel*, n. 625 (au moins si le domicile est en France) ; Champcomunal, *Le ménage à nationalités différentes*, R. 1929.8 ; Louis-Lucas, *Sem. Jur. int.* 1929.1043 ; Bustamante, *Derecho int. priv.*, II, p. 78 ; Cassin, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1930.IV.757 ; Valladao, *Conflicto das leis nacionais dos conjugues nas suas relações de ordem pessoal e economica e no desquite*, 1936, ce dernier favorable à une loi de la famille comme telle, ce qui coïncide avec la solution que nous proposons ; mais M. Lerebours-Pigeonnière reconnaît qu'il est difficile en droit positif de substituer le domicile comme tel à la nationalité ; la substitution d'une loi familiale à la loi personnelle de l'individu ne ferait pas plus violence au droit positif et ne serait que l'expression de la réalité. A défaut de domicile, M. Lerebours-Pigeonnière se prononce, on le sait, pour la loi française si l'un des époux est français. On a dit les objections que cette vue soulève (n. 388).



personnelle le droit de régler les effets de leur mariage. On vérifie ici ce qui a été dit plus haut de la transposition générale aux conflits dits mobiles en droit international privé des règles de conflits dans le temps du droit interne.

L'objection classique est le danger de la fraude, notamment en vue de divorcer, quand le mariage est indissoluble dans la loi sous l'empire de laquelle il a été contracté. Mais mieux vaut éviter d'établir une règle générale sur la présomption de l'abus. L'abus ne se présume pas, il se démontre, et en ce cas il est sanctionné comme fraude à la loi. Sous prétexte d'éviter l'intervention de la théorie de la fraude à la loi, on propose d'établir en règle générale la présomption de fraude et le résultat auquel aboutit cette théorie, à savoir le défaut d'influence du changement de nationalité... Ce paradoxe tient à ce que le résultat importe peu à ses partisans qui sont surtout préoccupés d'éviter la recherche des intentions par le juge. Il paraît préférable d'assurer normalement au changement de nationalité ses effets naturels, quitte à les corriger dans le cas de fraude démontrée; étant donné que cette démonstration n'est ni si difficile ni si fréquente qu'on paraît le croire (v. ci-dessus n. 373) (1).

Le problème ne se complique qu'en apparence quand *un seul des époux change de nationalité*, si on admet que le lien familial est soumis à une loi unique (n. 449). Le changement de nationalité déterminera un nouveau statut de la famille, si la nationalité changée déterminait précédemment la loi applicable au lien familial, réserve faite évidemment de la fraude démontrée. Au contraire le changement de nationalité de l'autre époux sera sans influence.

La jurisprudence ne paraît pas avoir pris parti positivement sur la question. Néanmoins la solution intervenue sur la possibilité de demander le divorce (v. n. 460) permet de penser que la Cour de cassation admet l'applicabilité du nouveau statut personnel, mais donne même effet à tous les changements de nationalité en appliquant distributivement à chacun des époux sa loi personnelle, qu'elle soit nouvelle ou inchangée. On voit que le second aspect de ce système nous paraît seul critiquable.

La convention de La Haye, transigeant autrement, donnait compétence dans son art. 9 à la « dernière loi nationale commune », autrement dit n'admettait les effets du changement de nationalité que si celui-ci était commun aux deux époux, de manière à éviter les fraudes les plus criantes.

#### 451. II. Domaine de la loi applicable aux effets du mariage. —

La loi qui détermine les effets du mariage concerne essentiellement ceux de ces effets qui sont relatifs à la *personne* des époux. Le *régime matrimonial* est soumis, on le sait, à une autre loi qui sera définie ultérieurement (n. 630 et, s.). Ce système pose une question délicate pour les règles relatives aux biens qui échappent au régime matrimonial, il oblige

(1) V. pour l'application de la loi nouvelle, Lerebours-Pigeonnière n. 330; *contra* Bartin, II, § 289-290. On ne conteste pas que la femme changeant de nationalité en se mariant ne soit immédiatement soumise à son statut personnel nouveau. V. Paris 17 déc. 1883, J. 84.289, G. P. 84.1549.



à distinguer entre les effets du mariage sur les personnes et ses effets sur les biens.

**452. Effet du mariage sur les personnes. Droits et devoirs réciproques des époux.** — La loi personnelle des époux — ou d'une manière plus générale, celle qui régit le ménage — détermine les droits et devoirs réciproques des conjoints que la loi française définit par les termes de cohabitation, fidélité, secours et assistance. Mais la jurisprudence n'a guère eu l'occasion de faire état de cette règle pour différentes raisons.

D'une part, même en droit interne, les dispositions légales sur ce sujet ont un caractère quasi moral qui rend leur sanction difficile, et, partant, leur application en justice relativement rare. Mais d'autre part, dans la mesure où cette sanction peut être requise, ce même caractère moral induira facilement les tribunaux à considérer les règles françaises comme *d'ordre public*, à tout le moins comme un minimum. V. en ce sens pour l'obligation de cohabiter Trib. Evreux 15 févr. 1861, D. P. 62.2.39; la même solution a été donnée en Allemagne par le Reichsgericht pour des époux soviétiques: RG. 6 oct. 1927, *Warneyers Rechtsprechung* 1928.25; pour l'obligation alimentaire v. *infra*, n. 494 et s., l'étude générale de cette institution. Enfin les sanctions pénales, qui sont moins inadéquates en la matière que les sanctions civiles, s'appliquent aux étrangers comme aux Français, et ceci, comme on l'a vu (n. 250) même pour les délits qui consistent dans la violation d'obligations du droit de la famille, tels que l'adultère et l'abandon de famille.

**453. Autorité maritale. Incapacité de la femme mariée.** — La mesure de la subordination de la femme au mari dépend de la loi qui régit les effets du mariage, puisqu'il s'agit d'un de ses effets essentiels. Mais ici l'ordre public intervient assez facilement à l'encontre des lois étrangères moins exigeantes que la loi française. Ainsi, il a été jugé que l'ordre public s'oppose à ce qu'une étrangère joue sur une scène publique sans l'autorisation de son mari (Seine 30 avril 1930, R. 1930. 461, conclusions du substitut Brachet; *adde* nos observations R. 1934. 614). Le jugement relève le caractère dangereux qu'aurait un pareil exemple sur la mentalité publique (cf. ci-dessus, n. 360, le caractère exemplaire de l'ordre public). Cette raison permet de penser que les rares effets juridiques positifs de l'autorité maritale seraient soumis au même régime le cas échéant (1).

L'incapacité de la femme mariée est généralement conçue comme un corollaire de l'autorité maritale, c'est-à-dire qu'elle est organisée dans l'intérêt de la famille, plus précisément, de l'unité de direction du ménage. La loi applicable aux effets du mariage lui convient donc aussi bien qu'à l'autorité maritale, dont elle ne constitue, dans cette vue, qu'un des aspects.

Mais si on considère cette incapacité comme visant essentiellement

(1) La jurisprudence allemande a cependant soumis à la loi personnelle le droit du mari sur la correspondance de sa femme sans parler d'ordre public: OLG. Dresden 14 janv. 1914, *Leipziger Z.* 1914.1581.



à la protection de la femme *propter imbecillitatem sexus*, ce sera la loi personnelle de l'intéressée qui s'y appliquera; il ne s'agit plus alors d'effet du mariage, mais d'une incapacité personnelle comparable à celle du mineur ou de l'aliéné.

La jurisprudence a constamment appliqué à cette incapacité la loi personnelle de la femme mariée, mais sans trancher positivement le conflit entre cette loi et celle du mari dont la différence, dans la plupart des cas n'apparaît même pas (1). On ne peut donc dire que le droit positif soit fixé. L'application de la loi du mari, ou d'une manière plus générale de la loi qui détermine les effets du mariage, paraît préférable, à la fois parce qu'elle correspond à la justification la plus sérieuse de l'incapacité, et parce qu'elle évite l'application de deux lois différentes à deux institutions aussi indissociables l'une de l'autre que l'autorité maritale et l'incapacité de la femme mariée (2).

Quoi qu'il en soit, la loi applicable à la capacité de la femme mariée définit les actes qu'elle peut accomplir, qu'ils soient de caractère extra-patrimonial ou même patrimonial, du moment qu'il ne s'agit pas du jeu du régime matrimonial (3).

**454. Engagement du mari par la femme.** — Malgré certaines décisions divergentes (4) la jurisprudence française dans son ensemble a appliqué aux femmes étrangères la théorie du mandat tacite, permettant ainsi à ceux qui contractaient avec elles pour les besoins du ménage de poursuivre le mari en paiement (5). Il n'était pas indispensable de faire appel à l'ordre public pour justifier cette solution: la présomption d'un contrat tacite s'applique aussi bien à des étrangers qu'à des Français; la plupart des arrêts ne parlent d'ailleurs pas d'ordre public, et plusieurs

(1) V. Req. 29 déc. 1896, D. P. 97.1.126, J. 97.555; Civ. 29 juil. 1901, S. 1903.1.73, J. 1901.971, G. P. 1901.2.344; Crim. 17 juil. 1914, R. 1914.621; Paris 7, juil. 1928, J. 1932.372, R. 1929.81, concl. de l'av. gén. Lyon-Caen; Chambéry 23 juil. 1934, J. 1935.352 et les autres décisions citées au *Rép. de dr. int.*, v° *Femme mariée* par R. Dupont, n. 16 et s. L'autorisation générale du mari avait été considérée dès avant 1938 comme non contraire à l'ordre public, Paris 17 déc. 1883, J. 84.289, G. P. 84.1.549; Trib. Tunis 29 janv. 1908 cité au *Rép. de dr. int.*, *cod. v°*, n. 390.

(2) V. cependant en sens contraire Lerebours-Pigeonnière n. 333. La Cour de Chambéry dans son arrêt du 23 juillet 1934, J. 1935.352, cité par l'éminent auteur, ne laisse aucunement apparaître que le mari fût d'une autre nationalité que la femme. On pourrait sans doute concevoir une loi étrangère qui accentuerait l'idée de protection mais la notion d'autorité maritale n'en grandirait-elle pas corrélativement? La qualification française fondée sur le but final de l'institution paraît bien intégrer les dispositions étrangères d'aspect plus fragmentaire. Pour que l'analyse de l'institution étrangère commande une qualification différente, il faudrait que l'intention protectrice ait exclu tout souci d'organisation familiale. Une telle abstention paraît difficile à concevoir.

(3) La distinction est parfois difficile. V. Paris 4 août 1853, S. 54.2.780; Chambéry, 19 nov. 1877, S. 78.2.5; Seine 10 fév. 1893, *Le Droit* 12 fév. 1893; Le caractère anachronique de ces problèmes pour le droit français depuis la suppression de l'incapacité de la femme mariée ne dispense pas de s'y arrêter.

(4) Trib. Pontoise 11 juil. 1894, J. 95.105, *Le Droit* 17 nov. 1894; Seine 23 juil. 1897, 3 août 1897, *Le Droit* 7 déc. 1897; Paris 30 nov. 1899, D. P. 1900.2.105 (admettant cependant l'action de *in rem verso*) — toutes ces décisions en faveur de la loi personnelle.

(5) Paris 9 juin 1857, S. 57.2.755; Req. 30 déc. 1902, S. 1903.1.260; Paris 5 nov. 1907, J. 1908.478, R. 1907.632; Seine, 13 juil. 1911, R. 1912.385; Paris 18 avril 1929, R. 1935.149, et les autres décisions citées au *Rép. de dr. int.*, v° *Femme mariée* par R. Dupont, n. 126 et s. et dans notre ouvrage *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, 1929, p. 287 et s.



d'entre eux, loin de prétendre rejeter une loi étrangère inacceptable, déclarent la présomption commune à « toutes les législations » (1). La loi du 22 septembre 1942 a érigé en règle légale cette représentation du mari par la femme, qui entre ainsi dans le statut personnel et est inapplicable à ce titre aux étrangères, mais la solution antérieure peut subsister telle quelle avec sa justification. L'effet de la loi nouvelle sera néanmoins de rendre la règle applicable de plein droit aux Françaises contractant à l'étranger, même si la présomption de fait du mandat, n'étant pas accueillie par la loi locale, est plus difficile à accepter.

#### 455. Effets du mariage sur les biens. Régime matrimonial.

**Renvoi.** — Le mariage entraîne des conséquences importantes sur les biens des époux: elles constituent dans l'ensemble ce qu'on appelle le régime matrimonial, lequel est soumis par le droit français non à la loi personnelle, mais à un système qui sera défini ultérieurement (n. 630 et s.). Néanmoins certaines règles relatives aux biens des époux ont été considérées comme indépendantes du régime matrimonial, parce qu'elles jouent sous tous les régimes. Ce caractère a conduit les tribunaux à les regarder comme des effets directs du mariage et à les soumettre à la loi personnelle. Ce sont d'une part l'hypothèque légale de la femme mariée, d'autre part les dispositions sur les contrats entre époux.

456. **Hypothèque légale de la femme mariée.** — La Cour de cassation a décidé qu'une femme étrangère ne peut exercer une hypothèque légale sur les immeubles de son mari sis en France que si ce droit lui est reconnu par son statut personnel, Req. 27 janv. 1903, S. 1904.1.81, note Pillet, J. 1903.623, rapport du Conseiller Feuilloley. Cette solution suppose, bien entendu, préalablement résolue la question de savoir si l'étrangère peut prétendre en France, d'après le droit français, à la jouissance du droit à l'hypothèque légale (v. ci-dessus n. 175, 180). Elle implique que l'exercice du droit à l'hypothèque légale est une institution du statut personnel dont les Françaises pourraient donc se prévaloir sur les immeubles de leurs maris situés à l'étranger. Mais elle laisse intacte la question de savoir dans quelle mesure la loi de la situation des biens n'a pas à intervenir pour réglementer cet exercice: la question sera examinée avec l'étude du statut réel (n. 515).

La soumission de l'hypothèque légale à une loi différente de celle qui gouverne le régime matrimonial peut s'appuyer sur l'idée que cette sûreté, existant quel que soit le régime, est étrangère à cette institution. Mais l'idée est spécieuse car le but de l'hypothèque est de garantir les obligations patrimoniales du mari envers sa femme qui sont l'objet même du régime. On a cependant observé subtilement (Lerebours-Pigeonnière, p. 428) que l'hypothèque garantit aussi la dette alimentaire du mari, qui assurément relève des relations personnelles entre époux, et est, à ce titre, étrangère au régime. Que cet aspect secondaire l'ait emporté est sans doute un signe des titres de la loi personnelle à régir l'ensemble.

(1) Paris 21 nov. 1894, J. 95.622; Paris 17 juin 1899, J. 1900.138; Paris 5 nov. 1907 précité. V. nos observations sur cette justification dans notre ouvrage précité p. 295 et s.



des effets du mariage, et des difficultés que soulève la soumission du régime matrimonial à une autre loi (1).

457. **Contrats entre époux.** — Le même problème se pose pour le régime des contrats entre époux. La Cour de cassation a soumis à la loi personnelle la validité des *donations* entre époux (Req. 15 mars 1933, S. 1934.1.393 et notre note), et des *ventes* entre époux (Req. 25 janv. 1938, D. H. 1938.164, R. 1938.479 et notre note. V. déjà, avec des motifs moins nets Req. 19 avril 1852, S. 52.1.801). Le régime des *sociétés* entre époux a également été soumis à la loi personnelle par la Cour d'Alger (27 janv. 1899, J. 90.558). Sans doute la Cour de Lyon a-t-elle jugé ultérieurement que les sociétés entre époux étaient contraires à l'ordre public en France, mais cette solution même n'implique-t-elle pas que la loi normalement applicable à la matière est la loi personnelle? (V. Lyon 24 avril 1920, S. 1931.2.25 note Niboyét; *adde* nos observations sur cet arrêt R. 1934.612 pour l'explication en ce sens de la décision et sa critique).

Cet ensemble concordant paraît impliquer que la matière est regardée comme un effet du mariage. Dans son arrêt du 25 janvier 1938 la Cour régulatrice qualifie d'*incapacité* la prohibition des ventes entre époux. Cette qualification n'est pas contraire à celle qui y voit un effet du mariage puisque le mariage peut entraîner des incapacités (2). Il s'agit d'une aptitude à contracter tenant à la qualité d'époux.

Ces relations, quoique pécuniaires, sont certainement étrangères au régime matrimonial: les époux y apparaissent comme étrangers l'un à l'autre et ces contrats appellent une réglementation particulière, précisément parce que les époux ne sont pas étrangers l'un à l'autre; il faut veiller aux abus d'influence et à la modification détournée du régime matrimonial. La compétence de la loi personnelle peut donc se justifier.

Mais la jurisprudence antérieure soumettait les donations entre époux au régime des successions, c'est-à-dire à la loi réelle en ce qui concerne les immeubles et à la loi du domicile en ce qui concerne les meubles. Il est possible que la solution de 1933 ne soit pas maintenue étant donné que la Cour de cassation a affirmé depuis, en 1939, contre les hésitations récentes, que c'était la loi du domicile et non la loi nationale qui gouvernait les successions mobilières (v. en ce sens, Lerebours-Pigeonnière 4<sup>e</sup> éd. n. 372). Si elle était maintenue avec la compétence de la loi réelle en matière immobilière, il y aurait là une curieuse manifestation de la prépondérance du statut réel immobilier, plus difficile sans doute à justifier qu'en matière de successions (n. 652).

(1) On n'examine pas le problème de la loi compétente en cas d'époux de nationalités différentes, parce qu'il ne diffère pas du problème général étudié ci-dessus. Bien que l'idée de protection de la femme soit au premier plan et puisse induire à préférer sa loi, il semble que l'institution soit un élément de l'ensemble des relations entre époux, équilibrant notamment les pouvoirs du mari, et relève donc de la loi qui définit les effets du mariage. Le mari, et les tiers avec qui il contracte, ne sont-ils pas tout autant intéressés à la réglementation de l'hypothèque légale?

(2) Elle présente d'autre part l'intérêt de donner une valeur plus générale à l'arrêt intervenu dans un conflit colonial où le statut personnel est conçu plus largement que dans les conflits internationaux: la capacité, fait incontestablement partie du statut personnel dans les conflits internationaux comme dans les conflits coloniaux.



## Section II

## Divorce et séparation de corps.

458. **Généralités.** — Le divorce et la séparation de corps soulèvent de fréquents conflits de lois à raison de la variété des législations à leur sujet; ils sont soumis, en principe, comme les autres institutions de l'état des personnes, à la loi personnelle. Mais leur prononcé résultant en France, comme dans la plupart des pays qui les admettent, d'une décision judiciaire, il y a lieu de préciser les limites respectives de l'empire de la loi personnelle applicable au fond et de la loi du for applicable à la procédure. Enfin les effets du divorce et de la séparation de corps appellent un examen particulier. On étudiera donc successivement ces deux institutions dans leurs causes, leur procédure et leurs effets.

§ 1<sup>er</sup>. — CAUSES DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

459. **Compétence de la loi personnelle.** — La compétence de la loi personnelle pour déterminer les causes de divorce n'est pas contestée en droit positif (1). Elle, soulève comme en matière d'effets du mariage, le problème de la loi personnelle applicable quand les époux sont de nationalités différentes ou ont changé de nationalité. La question de son domaine concerne essentiellement les limites de son application vis-à-vis de la loi du for gouvernant la procédure, et elle sera examinée avec l'étude de la procédure. Mais il y aura lieu d'envisager avec l'étude du fond l'obstacle fréquemment opposé à l'application de la loi personnelle par l'intervention de l'ordre public.

460. **1° Détermination de la loi personnelle compétente. Epoux de nationalités différentes.** — Comme on l'a déjà souligné (n. 388), ce sont les demandes en divorce qui ont donné le plus d'occasions à la jurisprudence de se prononcer sur le problème de la loi applicable aux relations d'époux de nationalités différentes. La question se pose effectivement dans les mêmes termes que celle des effets du mariage de deux époux dans cette situation, la possibilité de dissolution n'étant que le terme de ces effets.

Il suffit donc de rappeler que la Cour de cassation, par le célèbre arrêt *Ferrari* du 6 juillet 1922 (D. P. 1922.1.137, S. 1923.1.5, note Lyon-Caen), s'est prononcée pour l'application distributive à chacun des

(1) Les arrêts cités *infra* justifieront suffisamment cette affirmation. On dit souvent que les Anglo-Saxons soustraient le divorce au statut personnel pour le soumettre à la loi du for. Mais comme la loi personnelle est chez eux celle du domicile, et que la compétence judiciaire est également déterminée par le domicile, la coïncidence ne permet pas d'affirmer qu'il y ait là une véritable divergence doctrinale. V. Beale, II, § 135.1. On peut entendre dans le même sens l'art. 54 du Code Bustamante. V. L. Chéron, *Les causes de divorce en droit international privé comparé*, thèse Strasbourg 1934.



époux de sa loi personnelle en admettant une Française devenue italienne par son mariage, puis réintégrée dans la nationalité française, à demander le divorce en vertu de son nouveau statut personnel, abstraction faite de celui de son mari qui ignorait cette institution (1). Sans revenir sur les critiques qui ont été adressées à cette solution à propos du problème général des relations des deux époux de nationalités différentes (n. 388), il y a lieu d'observer que cet arrêt est intervenu à la suite d'une longue série de décisions des tribunaux inférieurs qui se partageaient sur la solution adoptée, mais dont la majorité avaient refusé le divorce à l'époux devenu français et invoquant son nouveau statut personnel à l'encontre de celui de son conjoint qui n'admettait pas la dissolution du lien conjugal (2). Malgré ces précédents, la Cour de cassation s'en est tenue fermement à la solution donnée en 1922, qu'elle a reproduite à plusieurs reprises depuis, suivie par les juridictions inférieures (3).

Il faut d'ailleurs reconnaître que la solution tend à se répandre dans la jurisprudence étrangère. Elle est admise aux Etats-Unis (v. le *Rép. de dr. int.*, V<sup>o</sup> *Dr. int. privé des Etats-Unis*, par Lorenzen, n. 61-62). L'Allemagne et la Suède ont dénoncé le 1<sup>er</sup> juin 1934 (R. 1934.951) la Convention de La Haye sur le divorce pour substituer à la dernière loi nationale commune adoptée, on le sait (n. 450) par cette convention, la solution de l'arrêt Ferrari. De fait la loi allemande du 24 janv. 1935 a substitué à la loi du mari celle de la femme si cette dernière est allemande (*Z. für ausl. u. int. Privatrecht*, 1935.876). Le Tribunal suprême d'Espagne avait aussi adopté la solution de l'arrêt Ferrari lors de l'établissement du divorce par la République espagnole (Trib. Sup. 27 janv. 1933, R. 1933.533). Elle est également reçue au Brésil (Cour Suprême 28 août 1929, J. 1932.11111, rapport Rodrigo Octavio). La Cour de cas-

(1) L'arrêt de 1922 se borne en réalité à refuser la conversion en divorce de la séparation amiable intervenue selon la loi italienne avant la réintégration de Mme Ferrari dans la nationalité française — ceci pour des raisons qui seront exposées ultérieurement (v. ci-dessous n. 474). Mais cet échec apparent de la demanderesse recouvrait son succès au fond puisqu'il reconnaissait que la loi française sur le divorce lui était applicable. Et de fait, Mme Ferrari ayant engagé d'office une demande directe en divorce vit approuver par la Cour de cassation l'arrêt qui l'avait accueillie (Civ. 14 mars 1928, D. H. 1928.253, S. 1929.6.92). V. aussi pour l'affirmation expresse que la loi qui régit « l'action en divorce d'une femme mariée est celle de la demanderesse à la date de l'introduction de l'instance », Civ. 25 févr. 1947, G. P. 13 mai 1947.

(2) Il est inutile de reproduire ces décisions, désormais dépourvues de valeur positive. Leurs motifs se mêlent, bien entendu, d'appels aux notions de fraude à la loi ou de respect des droits acquis. On sait que notre droit positif ne sanctionne pas ce qui peut s'admettre en un sens, la fraude à la loi étrangère (n. 374) et que le respect des droits acquis paraît hors de cause ici. Nous ne reprochons pas à l'arrêt Ferrari d'avoir appliqué à une femme réintégrée dans la nationalité française son statut personnel nouveau, nous lui reprochons d'avoir appliqué à une femme son statut personnel sans se préoccuper de celui de son mari.

(3) Civ. 7 mai 1928, *Giglio*, S. 1929.1.9, note Niboyet, G. P. 1928.2.131; Civ. 5 févr. 1929, *Mancini*, S. 1930.1.81, note Audinet; Req. 4 févr. 1931, *Cottan*, D. H. 1931.181. V. comme décisions postérieures des juridictions inférieures Douai 6 juin 1932, *Rec. Douai* 1933.8; Paris 1<sup>er</sup> mars 1933, G. P. 29 avril 1933, concl. Laronze; Colmar 13 févr. 1937, G. P. 1937.1.817; Seine 20 déc. 1938, G. P. 1938.1.526. V. cependant une critique formelle de cette jurisprudence, à l'abri d'une solution particulière au conflit colonial, dans Alger 12 décembre 1932 (J. 1936.158, *adde* nos observations R. 1937.420). La Cour ne craint pas de qualifier de « surprenant et compliqué » le système de la Cour de cassation. V. pour les références d'ensemble Chéron, *Les causes de divorce en dr. int. privé comparé*, thèse, Strasbourg 1934, et l'opinion de l'auteur, hostile à la solution Ferrari, p. 271.



sation de Belgique par contre l'a rejetée (1). En Angleterre le domicile du mari est en principe seul considéré, mais la jurisprudence anglaise hésite à tenir compte du domicile acquis par le mari sans l'accord de la femme (2).

461. **Changement de nationalité.** — La détermination de la loi applicable à la demande en divorce souffre également difficulté en cas de changement de nationalité. Ici aussi le divorce se présente comme le terme des effets du mariage, et il convient d'appliquer la même idée que pour ces effets, à savoir la compétence immédiate et définitive de la loi personnelle nouvelle. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'affaire Ferrari, précitée, et ce n'est pas à ce point de vue que son arrêt paraît critiquable. La solution n'est d'ailleurs que la transposition du droit transitoire interne: la loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce a pu être invoquée par les époux mariés antérieurement à sa promulgation (art. 4); de même celle du 20 septembre 1792 qui l'avait institué pour la première fois (Civ. 22 mars 1806, S. 06.1.225). On constate à nouveau que les conflits dans le temps reçoivent sans difficultés les mêmes solutions, qu'ils se posent en droit transitoire interne ou en droit international privé.

Mais le divorce résulte d'une procédure qui se déroule sur un certain intervalle de temps, il y a lieu de préciser le moment auquel doit se constater la nationalité qui détermine la loi applicable. La réponse naturelle paraît être que la nationalité à retenir est celle du jour de l'introduction de l'instance. Néanmoins on verra que la Cour de cassation a admis l'effet sur la loi applicable d'un changement de nationalité en cause d'appel dans une recherche de paternité (n. 478). A fortiori faudrait-il l'admettre dans une instance en divorce qui aboutit à un jugement constitutif d'état: celui-ci crée l'état d'époux divorcés pour l'avenir seulement, c'est donc à la date de son prononcé qu'il faut se placer pour déterminer la loi personnelle applicable à la dissolution du lien. (V. cep. Trib. Toulouse 8 juin 1938, R. 1939.105).

Il ne devrait y avoir d'ailleurs aucune difficulté sur le point de savoir si le jugement appliquant la loi nouvelle, pourra se fonder sur des faits antérieurs au changement de nationalité. La Cour de cassation l'a admis dans le deuxième arrêt Ferrari (Civ. 14 mars 1928, D. H. 1928.253, S. 1929.1.92), sans s'arrêter à l'objection que ce serait faire rétroagir la naturalisation (v. Audinet, note au S. 1930.1.83, 1<sup>re</sup> col.) et c'est justice. Les faits que la loi nouvelle considère comme destructeurs du lien matrimonial ont eu à ses yeux cet effet psychologique bien qu'ils se soient produits sous l'empire d'une loi qui ne le leur attribuait pas; il ne s'agit pas d'actes juridiques que les parties auraient accomplis en se référant aux lois en vigueur, mais d'actes matériels auxquels la loi attache

(1) Cass. Belgique 12 juin 1941, *Nouv. rev. de dr. int. priv.* 1944.176, concl. av. gén. Cornil: la loi applicable est celle du mari à laquelle les époux ont adhéré en se mariant. Les cours d'appel étaient partagées. La jurisprudence italienne ne semble pas avoir pris parti sur la question. Faddozzi (p. 460) se prononce pour le cumul des lois des deux époux.

(2) Cheshire n. 267; Wharton § 218; J. 1929.185; cf. Healy, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1925.IV.497.



telles conséquences de droit qu'elle juge opportunes. L'article 4 de la loi du 27 juillet 1884 avait spécialement prévu l'application des textes nouveaux aux faits antérieurs à leur promulgation.

Le Code civil allemand (art. 17 al. 1<sup>er</sup>, Loi introd.) donne compétence à la loi du mari au moment de l'instance (1), sauf cependant au cas où celui-ci a perdu la nationalité allemande, la loi de la femme restée allemande demeurant applicable (art. 17 al. 3). Les faits antérieurs au changement de nationalité ne peuvent être retenus que s'ils sont admis comme causes de divorce par les deux lois successives (art. 17 al. 2). V. au contraire dans le sens de la solution française sur ce point Trib. Fed. Suisse 3 mai 1932, *Rec. off.* 58.II.93). La Convention de La Haye se prononçait, on se le rappelle, pour la dernière loi nationale commune.

**462 2° Domaine de la loi personnelle. Rôle de l'ordre public.**  
— Le divorce met en cause la conception même du mariage. Son institution et sa réglementation ont été et restent l'objet d'oppositions profondes dans l'opinion, il est donc facile de prévoir que les juges français n'admettront pas sans contrôle l'application en France sur ce terrain d'une loi étrangère quelconque, autrement dit, l'ordre public va jouer un rôle important.

Avant 1884 le divorce était considéré d'une manière générale comme contraire à l'ordre public en France en ce sens qu'on n'aurait pu le solliciter des tribunaux français au nom d'une loi étrangère. Mais l'ordre public ne s'opposait cependant pas aux effets en France d'un divorce prononcé à l'étranger en vertu d'une loi étrangère, par exemple au remariage d'un des anciens époux (2). Cette position qui exprime ce qu'on appelle l'*effet atténué* de l'ordre public en matière de droits acquis à l'étranger est encore celle de pays qui, comme l'Italie, n'admettent pas le divorce (3).

Depuis 1884, les auteurs ont souvent affirmé que l'ordre public s'oppose à toute demande en divorce qui serait fondée sur une cause non prévue par la loi française (4). La jurisprudence ne s'est pas prononcée dans son ensemble aussi formellement, et certaines décisions paraissent

(1) Plus précisément le moment de la « *gerichtliche Geltendmachung des Scheidungsgrundes* » (art. 614 Z. P. O.). V. Nussbaum p. 155.

(2) Civ. 28 févr. 1860, S. 60.1.210, concl. du P. G. Dupin. Cf. aussi Req. 15 nov. 1848, D. P. 48.1.247, S. 48.1.673. L'ancien droit paraissait moins intransigeant. Merlin (*Répertoire*, v° *Divorce* § 3) cite en l'approuvant une sentence du Châtelet prononçant le divorce entre juifs portugais, sur le fondement d'ailleurs de lettres patentes d'Henri II assurant aux Juifs le maintien de leurs usages.

(3) V. pour le refus du divorce aux étrangers App. Gênes 5 févr. 1929, *Rev. di dir. int.*, 1929.264 ; pour l'effet en Italie du divorce prononcé à l'étranger Cass. Rome 30 déc. 1911, *Foro it.* 1912.1.198 ; en ce sens Fedozzi p. 465 ; Udina, *Rép. de dr. int.*, v° *Dr. int. privé de l'Italie*, n. 249. En Espagne le droit antérieur au rétablissement du divorce par la République opposait l'ordre public non seulement aux demandes en divorce, sur le fondement de l'art. 11 C. civ. esp., mais même aux effets, en Espagne d'un divorce prononcé à l'étranger (Arrêt du Trib. Suprême du 31 mars 1911 cité par Trias de Bes, n. 133).

(4) V. Bartin, *Principes*, II, p. 302 ; Despagnet, 5<sup>e</sup> éd. par de Boeck, n. 303 ; Valéry n. 709 ; Weiss, III, p. 700 ; Contra Surville n. 300 ; Niboyet, *Manuel*, n. 638 et R. 1927.343.



même dans leurs motifs pencher vers l'application de la loi étrangère (1). Néanmoins la Cour de cassation s'est montrée favorable à cette thèse en déclarant nulle la transaction sur un divorce soumis à une loi étrangère (Req. 3 avril 1935, S. 1935.1.230), ce qui signifie que le divorce par consentement mutuel est contraire à l'ordre public. (V. aussi Colmar 23 mai 1931, *Rev. jur. Als. Lorr.* 1932.421; mais v. cependant Trib. Toulouse 8 juin 1938, R. 1939.105) et en relevant (Req. 5 janv. 1943, S. 1943.1.59) la vérification par les juges du fond qu'une cause espagnole de séparation de corps ne heurte pas l'ordre public parce qu'elle répond à l'art. 232 C. civ. français.

M. Lerebours-Pigeonnière (*Précis* n. 336) n'exclut que le consentement mutuel ou la répudiation unilatérale. Une sévérité plus grande paraît conforme à l'esprit de la loi et d'ailleurs désirable: le mariage français reste en principe indissoluble, la loi n'a introduit que des causes de dissolution limitativement énumérées, son esprit est de défendre l'indissolubilité dans la limite de ces causes; l'exemple du jeu de lois étrangères opposées est contraire à cette défense. On allègue que le divorce pour aliénation mentale ne choque pas l'opinion; il s'agit de savoir, répondons-nous, à quelle fraction de l'opinion on pense, mais en tous cas le divorce par consentement mutuel la choque encore beaucoup moins, puisqu'il se pratique couramment contre la volonté de la loi. Il n'y a pas lieu d'ausculter une opinion divisée, mais de dégager l'esprit de la loi et les objectifs sociaux que doit se proposer la jurisprudence. Or la défense de l'indissolubilité paraît un des besoins les plus pressants de notre époque, et l'opinion est encore plus attachée qu'on ne paraît le croire à l'idée que la maladie, serait-elle mentale, doit resserrer l'union des époux et non la dissoudre. La mission des tribunaux est d'entretenir cette mentalité et non de la saper; ils ont excipé de l'ordre public dans des matières infiniment moins graves pour l'ordre social et moral; si cette notion a un sens, elle doit jouer ici.

La jurisprudence par contre a pris formellement parti sur ce que l'ordre public *n'impose pas* la faculté de divorcer: les tribunaux français appliquent les lois étrangères qui interdisent le divorce (Req. 12 févr. 1895, D. P. 96.1.377, S. 96.1.401, note Pillet; Civ. 30 oct. 1905, D. P. 1906.1.305, S. 1911.1.581, J. 1906.410, R. 1906.730) (2). Le

(1) Nous ne trouvons guère comme formel qu'un jugement du Tribunal de Marseille du 21 février 1902 (J. 1904.188). Mais v. en un sens plus incertain Seine 23 mai 1900, J. 1901.993; Trib. Boulogne 5 févr. 1926, J. 1927.70, R. 1926.264; Paris 30 avril 1926 S. 1926.2.89, J. 1926.946, R. 1927.243 note Niboyet; Seine 19 mai 1926, J. 1928.644; 27 avril 1933, J. 1934.401. Ces décisions relèvent que les faits articulés répondent aux qualifications de la loi française en même temps qu'à celles de la loi étrangère ou appliquent la loi étrangère sans poser la question de l'ordre public.

(2) V. aussi Colmar 7 avril 1925, G. P. 1925.2.144; Paris 1<sup>er</sup> mars 1933, J. 1935.99, concl. Laroze, G. P. 1933.1.884. Cf. cependant Trib. Nice 17 janv. 1931, G. P. 1931.1.219. Le tribunal de Bruxelles a par contre jugé (30 mars et 22 juin 1938, S. 1939.4.11) que l'ordre public s'oppose à ce que le juge belge détermine la religion d'un étranger pour savoir s'il peut divorcer: la loi belge admettant le divorce sera appliquée en vertu de l'ordre public. La Cour de cassation en France ne paraît pas favorable à cette vue; Req. 12 févr. 1895, Civ. 30 oct. 1905 précités. On peut aussi admettre que nos tribunaux appliquent au nom de l'ordre public la loi française sur le divorce aux époux mariés en France en vertu de l'ordre public français à l'encontre de leur loi personnelle leur interdisant le mariage pour raison religieuse. La Cour de cassation après avoir décidé le contraire (Civ. 30 oct. 1905 précité), mais sans que le moyen paraisse avoir été soulevé, a adopté cette solution (Civ. 25 févr. 1947, G. P. 13 mai



Code civil allemand (art. 17 Loi Introd.) exige que la cause de divorce soit admise à la fois par la loi étrangère applicable et par la loi allemande; c'est dire que l'ordre public s'oppose aux causes exclues par la loi allemande, mais n'impose pas la faculté de divorcer.

#### 463. L'ordre public et les divorces prononcés à l'étranger.

En ce qui concerne enfin la valeur en France d'un divorce prononcé à l'étranger pour des causes exclues par la loi française, la Cour de cassation a admis l'effet en France d'un jugement suisse de divorce procédant d'une transaction (Req. 3 nov. 1936, R. 1938.109): c'est dire que la jurisprudence s'oriente vers l'effet en France de tout jugement étranger de divorce, quelle que soit sa cause, puisque le consentement mutuel est de celles qui sont le plus contraires à l'esprit de la loi française (la Chambre des Requêtes a d'ailleurs employé une formule très générale). Et il faut reconnaître que l'ordre public est en effet moins intéressé ici que dans le cas précédent (1). Le prononcé du divorce à l'étranger n'aura pas le même effet sur l'opinion que son prononcé en France, car ses causes demeureront le plus souvent inconnues; d'autre part, le juge français se borne à tirer les conséquences d'un état de choses dont le pays étranger garde la responsabilité, et s'il est vrai que l'ordre public peut, le cas échéant, exclure même une participation aussi indirecte à une opération contraire à nos conceptions, on peut soutenir qu'une politique prudente ne cherchera pas en matière de divorce à mettre en relief, par un refus d'effets générateurs de conflits, l'évolution de pays étrangers vers des solutions qu'une partie de l'opinion française n'est que trop portée à préconiser.

### § 2. — PROCÉDURE DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

464. Application de la loi du for. Compétence des tribunaux français. — Le principe général que toute procédure est gouvernée par la loi du juge saisi s'applique au divorce et à la séparation de corps; mais des liens plus étroits qu'ailleurs unissent ici la procédure et le fond et engendrent des problèmes particuliers.

La compétence de la loi du for implique l'affirmation préalable qu'en France tout divorce a un caractère judiciaire. On repoussera donc les divorces privés, notamment par répudiation unilatérale: si l'ordre public s'oppose au divorce par consentement mutuel sanctionné en justice, *a fortiori* s'oppose-t-il au divorce privé, et l'esprit de la loi française sur le divorce est que sa procédure judiciaire s'applique à toute séparation

1947; *addé* la note de M. Niboyet sous l'arrêt attaqué au S. 1944.2.53). En ce sens Lerebours-Pigeonnière, p. 305, note 3: il y a là l'application de l'idée que l'ordre public substitue la loi française à la loi étrangère dans toutes les conséquences nécessaires de son intervention (n. 305). La solution a été aussi admise en Allemagne KG. 11 déc. 1933, *Nouv. Rev. de dr. int. pr.* 1934.372, note Mezger.

(1) V. cependant des formules plus prudentes dans Seine 19 mai 1920, J. 1923.441; Paris 16 nov. 1936, D. H. 1937.104, R. 1938.671, G. P. 1937.1.181. La jurisprudence anglaise admet également l'effet des divorces prononcés à l'étranger quelle que soient leurs causes, *Cheshire*, p. 274.



d'époux intervenant en France, quel que soit le statut personnel des intéressés (1). En Allemagne, la même solution est fondée sur le sens implicite de l'art. 17 § 4 Loi Introd. (2). Mais la jurisprudence française ne s'est pas prononcée nettement sur les conventions de séparation amiable, qui ne rompent pas le lien conjugal.

La justification du principe posé conduit à penser qu'il y a lieu de reconnaître en France les divorces privés prononcés à l'étranger: l'interdiction de la procédure française n'est prescrite que pour les séparations d'époux intervenant en France et on a vu (n. 463) que d'une manière générale l'ordre public ne s'oppose pas aux effets en France d'un divorce intervenu à l'étranger pour des causes non prévues par la loi française. La solution contraire a cependant été donnée en Angleterre (3).

Le principe posé implique d'autre part que les tribunaux français sont compétents pour prononcer le divorce entre époux étrangers. Bien qu'il s'agisse d'un jugement constitutif, on ne considère pas que les tribunaux du pays dont les intéressés sont ressortissants aient seuls pouvoir à cet effet: les tribunaux français tiennent de la loi française de procédure le pouvoir de prononcer le divorce, et la loi française de conflit leur prescrit d'appliquer aux étrangers leur loi nationale en matière de statut personnel; la combinaison de ces deux règles justifie leur intervention (cf. la question comparable de leur intervention dans la protection des incapables étrangers, *supra* n. 424) (4). Le Code civil allemand cependant (art. 17 § 4, Loi introd.) dénie compétence aux tribunaux allemands en matière de divorce des étrangers si la loi nationale de ces derniers réserve la compétence exclusive de ses tribunaux à ce sujet. La Convention de La Haye sur le divorce donnait la même solution (art. 5) (5). On reconnaît là l'esprit qui a dominé les conférences de La Haye en faveur d'une suprématie de la loi nationale s'étendant jusqu'à la compétence judiciaire.

(1) Civ. 26 janv. 1938, R. 1938.477. Il y a eu cependant des hésitations. V., outre l'arrêt cassé par la Chambre civile, Seine 26 déc. 1894, *Gaz. Trib.* 1<sup>er</sup> mai 1894; Dijon 28 mars 1939, D. H. 1939.230.

(2) V. Nussbaum, p. 160. La convention germano-russe du 12 oct. 1925 reconnaissant les divorces prononcés en Allemagne par les consuls soviétiques est considérée comme une dérogation unique à la règle ainsi posée.

(3) *Rex v. The Superintendent Registrar of Marriages, Hammersmith* (1917) 1 K. B. 634. La jurisprudence française ne paraît pas non plus favorable à l'effet en France des séparations de corps intervenues amiablement à l'étranger, v. Paris 4 févr. 1937, R. 1937.688 et la note.

(4) Le tribunal de Strasbourg n'a pas eu de peine à juger en ce sens que le relâchement du lien conjugal organisé par l'article 1567-2° B. G. B. (*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*) présentait assez d'analogies avec notre séparation de corps pour être prononcé par un tribunal français entre époux allemands (24 juillet 1935, R. 1935.155). De fait nous avons dit (*supra* n. 424) qu'il suffit en pareilles matières de s'assurer que les règles de fond de la loi étrangère ne confèrent pas au juge un rôle incompatible avec la mission que lui attribue la loi française. On conçoit par exemple que dans un pays qui ignore la séparation de corps les juges se refusent à la prononcer au nom d'une loi étrangère. C'est ce qu'a décidé le Reichsgericht, toutes chambres réunies, par arrêt du 12 octobre 1903 (E. 55.345, J. 1904.1961; *contra* RG., 4<sup>e</sup> Sénat, 23 oct. 1902, J. 1904.193) estimant l'*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft* trop différente de la séparation de corps. V. d'ailleurs *contra* cette solution Nussbaum, p. 159. En tous cas le droit positif français élimine la vieille idée que demander le divorce serait un droit civil refusé aux étrangers.

(5) V. aussi dans le même sens Code civil suisse, titre final, art. 61.



d'époux intervenant en France, quel que soit le statut personnel des intéressés (1). En Allemagne, la même solution est fondée sur le sens implicite de l'art. 17 § 4 Loi Introd. (2). Mais la jurisprudence française ne s'est pas prononcée nettement sur les conventions de séparation amiable, qui ne rompent pas le lien conjugal.

La justification du principe posé conduit à penser qu'il y a lieu de reconnaître en France les divorces privés prononcés à l'étranger: l'intervention de la procédure française n'est prescrite que pour les séparations d'époux intervenant en France et on a vu (n. 463) que d'une manière générale l'ordre public ne s'oppose pas aux effets en France d'un divorce intervenu à l'étranger pour des causes non prévues par la loi française. La solution contraire a cependant été donnée en Angleterre (3).

Le principe posé implique d'autre part que les tribunaux français sont compétents pour prononcer le divorce entre époux étrangers. Bien qu'il s'agisse d'un jugement constitutif, on ne considère pas que les tribunaux du pays dont les intéressés sont ressortissants aient seuls pouvoir à cet effet: les tribunaux français tiennent de la loi française de procédure le pouvoir de prononcer le divorce, et la loi française de conflit leur prescrit d'appliquer aux étrangers leur loi nationale en matière de statut personnel; la combinaison de ces deux règles justifie leur intervention (cf. la question comparable de leur intervention dans la protection des incapables étrangers, *supra* n. 424) (4). Le Code civil allemand cependant (art. 17 § 4, Loi introd.) dénie compétence aux tribunaux allemands en matière de divorce des étrangers si la loi nationale de ces derniers réserve la compétence exclusive de ses tribunaux à ce sujet. La Convention de La Haye sur le divorce donnait la même solution (art. 5) (5). On reconnaît là l'esprit qui a dominé les conférences de La Haye en faveur d'une suprématie de la loi nationale s'étendant jusqu'à la compétence judiciaire.

(1) Civ. 26 janv. 1938, R. 1938.477. Il y a eu cependant des hésitations. V., outre l'arrêt cassé par la Chambre civile, Seine 26 déc. 1894, *Gaz. Trib.* 1<sup>er</sup> mai 1894; Dijon 28 mars 1939, D. H. 1939.330.

(2) V. Nussbaum, p. 160. La convention germano-russe du 12 oct. 1925 reconnaissant les divorces prononcés en Allemagne par les consuls soviétiques est considérée comme une dérogation unique à la règle ainsi posée.

(3) *Rex v. The Superintendent-Registrar of Marriages, Hammersmith* (1917) 1 K. B. 634. La jurisprudence française ne paraît pas non plus favorable à l'effet en France des séparations de corps intervenues amiablement à l'étranger, v. Paris 4 févr. 1937, R. 1937.688 et la note.

(4) Le tribunal de Strasbourg n'a pas eu de peine à juger en ce sens que le relâchement du lien conjugal organisé par l'article 1537-2° B. G. B. (*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*) présentait assez d'analogies avec notre séparation de corps pour être prononcé par un tribunal français entre époux allemands (24 juillet 1935, R. 1936.155). De fait nous avons dit (*supra* n. 424) qu'il suffit en pareilles matières de s'assurer que les règles de fond de la loi étrangère ne confèrent pas au juge un rôle incompatible avec la mission que lui attribue la loi française. On conçoit par exemple que dans un pays qui ignore la séparation de corps les juges se refusent à la prononcer au nom d'une loi étrangère. C'est ce qu'a décidé le Reichsgericht, toutes chambres réunies, par arrêt du 12 octobre 1903 (E. 55.345, J. 1904.1961; *contra* RG., 4<sup>e</sup> Sénat, 23 oct. 1902, J. 1904.193) estimant l'*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft* trop différente de la séparation de corps. V. d'ailleurs contre cette solution Nussbaum, p. 159. En tous cas le droit positif français élimine la vieille idée que demander le divorce serait un droit civil refusé aux étrangers.

(5) V. aussi dans le même sens Code civil suisse, titre final, art. 61.



La compétence *ratione loci* des tribunaux français en la matière obéit aux règles générales qui seront données *infra* (n. 682 et s.).

465. **Divorcés religieux.** — Mais la question qui a été la plus agitée en jurisprudence est celle de savoir si les tribunaux français conservent leur compétence quand la loi personnelle des époux prévoit en matière de divorce l'intervention d'une autorité religieuse, comme le cas s'est présenté pour plusieurs législations de l'Europe centrale, notamment en ce qui concerne les Juifs, mais aussi les orthodoxes et les catholiques soumis à la procédure de *separatio quoad thorum et mensam*.

Par arrêt du 29 mai 1905 (D. P. 1905.1.353, S. 1906.1.161, note Pillet, R. 1905.518, J. 1905.1006) rendu dans la célèbre affaire *Levinçon*, la Chambre civile de la Cour de cassation a dénié compétence aux tribunaux français pour divorcer des Juifs russes dont la loi personnelle exigeait l'intervention du rabbin. Cet arrêt, suivi par la Chambre des Requêtes (Req. 20 juil. 1911, S. 1912.1.132) mais qui n'a pas empêché sans doute, avec une certaine tendance en matière successorale (n. 650), la marque la plus notable de l'influence des idées personalistes sur la jurisprudence française. (En ce sens Donnedieu de Vabres, thèse, p. 101). On voit d'ailleurs qu'elle est réduite. L'arrêt a été doublement critiqué (2).

D'une part, il aboutit pratiquement à un déni de justice car les Juifs étrangers domiciliés en France non seulement auront souvent de la peine à aller plaider à l'étranger, mais ils pourront ne trouver aucun rabbin compétent *ratione loci* dans leur pays d'origine, et ils ne pourront pas être divorcés valablement par un rabbin en France, les actes juridictionnels ne pouvant être accomplis en France que par les tribunaux français (3). Bien plus, ceux qui se seront mariés en la forme civile française, ce que nous leur permettons (n. 440), ne trouveront aucun rabbin pour les divorcer puisque religieusement ils ne sont pas mariés.

D'autre part, sur le terrain des principes, l'arrêt *Levinçon* considère la procédure religieuse du divorce comme une règle de fond relevant du statut personnel, mais inapplicable en France comme contraire au principe d'ordre public de laïcité. Or cette qualification est en contradiction avec celle qui a prévalu pour le caractère religieux du mariage, lequel a été considéré (n. 440), non comme règle de statut personnel, mais comme matière de forme, soumise à la loi du lieu de célé-

(1) Avant l'arrêt *Levinçon* des divorces prononcés en France par des rabbins avaient été directement transcrits à l'état-civil. Une lettre du Garde des Sceaux du 7 avril 1908 mit fin à cette pratique assurément singulière. Sur les décisions en petite minorité qui ne se sont pas inclinées devant l'arrêt *Levinçon*, v. *le Rép. de dr. int.*, v° *Divorce* par Degand n. 201-202, *adde* Trib. Strasbourg 22 oct. 1930, J. 1931.166, G. P. 1930.2.909. L'incompétence a paru particulièrement grave au lendemain de la révolution russe qui avait supprimé les juridictions ecclésiastiques : V. Seine 11 juin 1921, J. 1921.525, R. 1921.519.

(2) V. les références à la quasi unanimité de la doctrine en ce sens dans le *Répertoire de droit international*, v° *Divorce* par Degand n. 201. *Adde* la critique tirée des caractères de la loi mosaïque par Mességa-Fara, *Le divorce juif en droit international privé*, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1936.685.

(3) Le contraire a parfois été jugé mais ne paraît guère défendable en droit positif. V. Seine 31 mars 1911, R. 1912.367 ; Nancy 17 juin 1922, S. 1924.2.9, R. 1922.434. V. par contre Seine 2 juin 1930, J. 1931.1078 ; 25 avril 1938, R. 1939.103, G. P. 1938.2.122 ; v. de même en Allemagne RG. 21 févr. 1925, J. 1925.1055.



La compétence *ratione loci* des tribunaux français en la matière obéit aux règles générales qui seront données *infra* (n. 682 et s.).

465. **Divorces religieux.** — Mais la question qui a été la plus agitée en jurisprudence est celle de savoir si les tribunaux français convertent leur compétence quand la loi personnelle des époux prévoit en matière de divorce l'intervention d'une autorité religieuse, comme le cas s'est présenté pour plusieurs législations de l'Europe centrale, notamment en ce qui concerne les Juifs, mais aussi les orthodoxes et les catholiques soumis à la procédure de *separatio quoad thorum et mensam*.

Par arrêt du 29 mai 1905 (D. P. 1905.1.353, S. 1906.1.161, note Pillet, R. 1905.518, J. 1905.1006) rendu dans la célèbre affaire *Levinçon*, la Chambre civile de la Cour de cassation a dénié compétence aux tribunaux français pour divorcer des Juifs russes dont la loi personnelle exigeait l'intervention du rabbin. Cet arrêt, suivi par la Chambre des Requêtes (Req. 20 juil. 1911, S. 1912.1.132) mais qui n'a pas empêché des juridictions inférieures de statuer en sens contraire (1), manifeste sans doute, avec une certaine tendance en matière successorale (n. 650), la marque la plus notable de l'influence des idées personalistes sur la jurisprudence française. (En ce sens Donnedieu de Vabres, thèse, p. 101). On voit d'ailleurs qu'elle est réduite. L'arrêt a été doublement critiqué (2).

D'une part, il aboutit pratiquement à un déni de justice car les Juifs étrangers domiciliés en France non seulement auront souvent de la peine à aller plaider à l'étranger, mais ils pourront ne trouver aucun rabbin compétent *ratione loci* dans leur pays d'origine, et ils ne pourront pas être divorcés valablement par un rabbin en France, les actes juridictionnels ne pouvant être accomplis en France que par les tribunaux français (3). Bien plus, ceux qui se seront mariés en la forme civile française, ce que nous leur permettons (n. 440), ne trouveront aucun rabbin pour les divorcer puisque religieusement ils ne sont pas mariés.

D'autre part, sur le terrain des principes, l'arrêt *Levinçon* considère la procédure religieuse du divorce comme une règle de fond relevant du statut personnel, mais inapplicable en France comme contraire au principe d'ordre public de laïcité. Or cette qualification est en contradiction avec celle qui a prévalu pour le caractère religieux du mariage, lequel a été considéré (n. 440), non comme règle de statut personnel, mais comme matière de forme, soumise à la loi du lieu de célé-

(1) Avant l'arrêt *Levinçon* des divorces prononcés en France par des rabbins avaient été directement transcrits à l'état-civil. Une lettre du Garde des Sceaux du 7 avril 1908 mit fin à cette pratique assurément singulière. Sur les décisions en petite minorité qui ne se sont pas inclinées devant l'arrêt *Levinçon*, v. le Rép. de dr. int., v° Divorce par Degand n. 201-202, *adde* Trib. Strasbourg 22 oct. 1930, J. 1931.162, G. P. 1930.2.999. L'incompétence a paru particulièrement grave au lendemain de la révolution russe qui avait supprimé les juridictions ecclésiastiques : V. Seine 11 juin 1921, J. 1921.525, R. 1921.519.

(2) V. les références à la quasi unanimité de la doctrine en ce sens dans le Répertoire de droit international, v° Divorce par Degand n. 201. *Adde* la critique tirée des caractères de la loi mosaïque par Mességa-Fara, *Le divorce juif en droit international privé*, Nouv. Revue de dr. int. pr. 1938.825.

(3) Le contraire a parfois été jugé mais ne paraît guère défendable en droit positif. V. Seine 31 mars 1911, R. 1912.207 ; Nancy 17 juil. 1922, S. 1924.2.9, R. 1922.434. V. par contre Seine 2 juil. 1930, J. 1931.1078 ; 25 avril 1938, R. 1939.103, G. P. 1938.2.122 ; v. de même en Allemagne RG. 21 févr. 1925, J. 1925.1055.



bration. Cette qualification a permis de célébrer en France devant l'officier d'état-civil le mariage de juifs étrangers dont la loi personnelle exigeait l'intervention du rabbin. De même il aurait fallu reconnaître au divorce religieux le caractère d'institution procédurale, et en déduire la compétence des tribunaux français pour les divorces demandés en France, la loi française de procédure étant seule compétente en la matière. En réalité, la Cour de cassation a fait prévaloir la qualification étrangère sur la qualification française, contrairement aux principes les plus certains sur les conflits de qualification. Comme il a été dit en effet (n. 440) la laïcité enlève tout point d'appui à l'introduction de l'idée religieuse dans le droit civil, et relègue nécessairement les règles étrangères de caractère religieux au rang de formalités sans conséquences de fond. Cette conception a été adoptée et formulée dans les termes les plus clairs par la Cour de Paris à une époque récente pour la séparation de corps d'Espagnols catholiques que leur loi personnelle attribue aux juridictions canoniques. (Paris 9 janv. 1943, D. C. 1944.J.56, note Basdevant, S. 1944.2.29 note Niboyet; cf. déjà Seine 11 juin 1921, R. 1921.519, divorçant des Russes orthodoxes).

Il est à noter cependant qu'en Allemagne et en Italie la jurisprudence prend la même orientation que la Cour de cassation en France (1). En Angleterre la question ne se pose pas, le statut personnel étant soumis à la loi du domicile (2).

L'arrêt Levinçon a trouvé en France un défenseur chez M. Lerebours-Pigeonnière qui a observé (Précis n. 337, et note au D. P. 1930.2.65) que le refus de dissoudre civilement un mariage religieux est plus respectueux de la conscience des époux. Les marier civilement contre leur loi personnelle importe moins puisqu'ils sont d'accord. On peut le concéder, répondrons-nous, mais l'observation ne réduit pas l'objection judicieusement tirée par le même auteur de la laïcité de notre droit. Mieux vaut constater, comme le reconnaît l'éminent juriste, que l'arrêt Levinçon ébranle la conception classique de la laïcité; il fait ressortir que le caractère religieux du mariage, donc du divorce, n'est pas, pour ceux qui y recourent sérieusement, une question de forme, mais un élément tenant à la conception même de l'union conjugale. Sur ce terrain d'une évolution de notre notion de la laïcité, rendant sa valeur à l'élément religieux, l'arrêt est à approuver (3): il ne s'agit pas de s'incliner devant les catégories étrangères mais de décider que la loi française, si elle croit devoir

(1) V. pour l'Allemagne RG. 16 déc. 1920, *Leipziger Zeitschrift*, 1921.309; pour l'Italie App. Rome 9 juin 1899, *La Legge*, 99.II.45, déclarant l'incompétence des juges italiens sur la séparation de corps d'époux espagnols soumis à la procédure canonique. Sur les hésitations de la jurisprudence belge, v. Van Hille, *Revue de dr. int. et de lég. comp.* 1938.295 et 1939.750.

(2) V. N. Bentwich, *De l'application de la loi personnelle israélite devant les tribunaux anglais et français*, J. 1930.604 et J. 1936.793 spécialement en matière coloniale. Sur les essais d'unification conventionnelle, v. Gutteridge, *Les conflits de compétence juridictionnelle en matière de divorce et de séparation de corps*, *Revue de dr. int. et de lég. comp.* 1938.5.

(3) La question se pose de manière aiguë dans les conflits coloniaux où notre respect de la loi religieuse indigène ne saurait rester de pure forme. V. nos observations sous Alger 12 déc. 1932, R. 1937.420. Ajoute la consécration de la solution Levinçon au Maroc pour des époux espagnols catholiques dont la loi personnelle confie la séparation de corps aux juridictions canoniques, Rabat 21 mai 1929, D. P. 1930.2.65, note approbative Lerebours-Pigeonnière.



faire abstraction, pour les Français, de l'élément religieux, sait lui assigner le caractère qui lui revient quand elle le rencontre dans une loi étrangère.

Des tribunaux ont d'ailleurs trouvé récemment un moyen terme entre la solution Levinçon, assurément fâcheuse au point de vue pratique, et la compétence pure et simple des tribunaux français, peu respectueuse de la conscience des époux. Ils ont interprété la loi étrangère comme ne demandant au rabbin qu'un avis préalable qui laisserait au juge civil la décision juridictionnelle, et ils ont requis des parties la production de l'avis d'un rabbin français (1). Cette solution, qui paraît ménager tous les intérêts en présence, peut se justifier par l'idée que l'intervention du rabbin est une règle de fond : elle sera assimilée en France à l'avis d'un expert ; si cette assimilation ne correspond pas à la qualification étrangère, laquelle y voit un acte de juridiction préalable à celui du juge civil, peu importe puisque la loi étrangère est sans effet en France précisément dans la mesure où elle prévoit une mesure de procédure. Nous respectons sa conception de fond en demandant l'avis du rabbin et nous observons la règle procédurale française en réservant la décision juridictionnelle au juge civil.

**466. Divorces législatifs.** — Les tribunaux ont également été saisis de demandes en divorce émanant d'époux dont la loi personnelle prescrivait l'intervention du pouvoir législatif pour la dissolution du lien conjugal. La Cour de Paris s'est déclarée incompétente dans ces conditions entre époux Irlandais (Paris 30 janv. 1908, *Gaz. Trib.* 22 avril 1908), la Cour de Douai a donné la solution contraire pour des Canadiens (Douai 29 janv. 1924, *Rec. Douai* 1924.81). La compétence des tribunaux français peut se justifier par l'idée que la règle étrangère concerne directement l'ordre des juridictions, et que la loi française s'applique seule à ce sujet pour les divorces demandés en France. Si la règle procédurale étrangère reflète quelque préoccupation de fond, les juges français s'efforcent de respecter cette préoccupation dans la mesure du possible comme ils l'ont montré dans leurs dernières décisions sur les divorces

(1) Paris 15 janv. 1925, R. 1925.358 ; Trib. Metz 20 mai 1931, S. 1934.2.169, note Audinet, D. H. 1932, Somm. 22, J. 1932.165 et 644 ; *Contra* Trib. Strasbourg 22 oct. 1930, J. 1931.166, G. P. 1930.2.999. La Cour de Colmar (23 mai 1931, J. 1933. 97) relève le divorce préalable par le rabbin en France et tire du caractère formaliste de l'intervention postérieure du juge civil dans la loi autrichienne la preuve que l'intervention du rabbin signifie essentiellement que les causes de divorce sont déterminées par la loi mosaïque. Cf. Req. 29 juil. 1912, G. P. 1912.2.410. Mais on a aussi interprété la loi polonaise prévoyant l'intervention du juge civil après celle du rabbin comme permettant d'admettre le divorce par le seul juge civil en France : Paris 23 mars 1922, D. P. 1922.2.62, J. 1922.125, G. P. 1922.1.176 ; Paris 10 mai 1922, R. 1922-23.433, G. P. 1922.2.464 ; Paris 30 avril 1924, J. 1925.121 ; Colmar 19 juil. 1927, *Rev. jur. Als.-Lorr.* 1927.529. V. aussi Seine 25 avril 1938, R. 1939.103 ; Trib. Toulouse 8 juin 1938, R. 1939.105 ; nous n'avons pas cru, en note sous ce jugement, (v. aussi R. 1934.616) pouvoir admettre le caractère non juridictionnel de l'avis du rabbin. La Cour de Rabat (9 mai 1933, R. 1934.125) a sanctionné par une astreinte le refus par un juif algérien de délivrer à sa femme après divorce civil la lettre de répudiation prévue par la loi mosaïque. Les tribunaux allemands tendent également à prononcer le divorce des Juifs polonais, considérant la lettre de répudiation comme un état de fait sur lequel le juge décide. V. OLG. Cologne 20 janv. 1932, *Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des IPR.* 1932 n. 78 ; OLG. Hambourg 10 nov. 1932, *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift* 1933.B.177 ; KG. 16 déc. 1933, *Jur. W.* 1934.619. Cf. Mességa-Fara, *Le divorce juif en dr. int. pr.*, *Nouv. Revue de dr. int. pr.* 1936-385.



religieux. Mais si la règle procédurale française ne supporte aucun aménagement, le principe subsiste que la loi française, seule applicable à la procédure, donne compétence aux tribunaux judiciaires pour le divorce et que la loi étrangère applicable au fond ne comprend pas les règles de procédure traduisant une préoccupation de fond.

**467. Domaine de la loi française de procédure. Distinction de la forme et du fond.** — La délimitation du domaine de la loi française régissant la procédure vis-à-vis de la loi personnelle applicable au fond obéit aux principes généraux qui seront dégagés ultérieurement à propos de la compétence de la loi du for (n. 723); ils concernent surtout la matière de la preuve.

Mais les liens du fond et de la procédure étant particulièrement étroits en matière de divorce, on peut noter une certaine tendance à élargir le domaine de la loi personnelle pour mieux assurer le respect de son esprit. C'est ainsi que les dispositions de l'article 245 C. civ. sur les témoins recevables, et même le délai d'appel de l'article 248, ont été soumis à la loi personnelle (v. pour l'art. 245 Colmar 13 déc. 1927, J. 1929. 154, note Nast, R. 1928.244, G. P. 1928.1.277; pour l'art. 248 Civ. 8 mars 1926, S. 1926.1.321, note Niboyet; 29 janv. 1929, D. P. 1930.1. 107). Mais ces solutions ont été données dans les conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et de Lorraine, il est douteux qu'elles soient valables pour les conflits internationaux où elles réduiraient indûment l'empire de la loi française (en ce sens Lerebours-Pigeonnière n. 336, qui invoque à l'encontre de l'arrêt de la Cour de Colmar l'opinion de la Chancellerie) (1).

**468. Mesures provisoires.** — Il ne fait aucun doute en tous cas que les tribunaux français peuvent prescrire les mesures provisoires destinées à éviter le scandale et les abus inadmissibles moralement (Req. 27 nov. 1822, S. 24.1.48; Req. 20 juillet 1911, S. 1912.1.132; Paris 21 juil. 1926, *Gaz. Trib.* 101 déc. 1926) quelle que soit la loi étrangère applicable, même si elle ignore le divorce ou la séparation de corps (cf. Paris 17 mars 1902, D. P. 1903.2.49). On retrouve ici la notion de plénitude de compétence de la loi française: le juge peut toujours l'appliquer quand la mise en œuvre de la loi étrangère ne pourvoirait pas aux intérêts à satisfaire en raison de l'urgence; l'application de la loi française n'aura qu'un caractère provisoire (n. 352) (2).

(1) Le tribunal de Metz a également noté, à propos d'une autre question, que la sommation à l'époux défendeur de réintégrer le domicile conjugal dans les six mois, prévue par la loi suisse, était une disposition de statut personnel, applicable en France (Trib. Metz, 20 mai 1931, S. 1934.2.169). Admettons en la faculté pour le tribunal, désireux de s'éclairer en respectant le mieux possible la loi suisse dans l'esprit de ses règles de fond, mais non l'obligation.

(2) Il a été jugé (Trib. Lille 4 août 1887, *Journal des avoués* 1888.69) que les mesures provisoires ne devenaient pas caduques faute d'assignation dans les vingt jours (art. 238 C. civ.) quand la femme demanderesse avait été renvoyée par le Président à se pourvoir devant les juges étrangers. Il y a là une adaptation audacieuse, mais utile, des règles procédurales à la fonction particulière qu'elles jouent ici. En Espagne, à une époque où le divorce était interdit, les mesures provisoires ont été également jugées d'ordre public. V. Trib. Sup. Esp. 1<sup>er</sup> juil. 1887 cité par Trias de Bes p. 88.



## § 3. — EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

469. Effets du jugement de divorce ou de séparation. Compétence de la loi du for. — La loi du for qui a réglé la procédure reste compétente pour fixer, sur le terrain de la procédure, les effets du jugement de divorce ou de séparation: c'est cette loi qui déterminera le point de départ de ces effets, s'ils sont ou non subordonnés à une publicité (v. pour la nécessité de la transcription Seine 19 janv. 1926, J. 1926.663; Trib. Boulogne 2 août 1907, R. 1907.742; la transcription en France pourra au surplus être exigée en ce qui concerne les époux mariés en France, art. 251 C. civ.; v. Paris, 13 mai 1904, R. 1905.694; cf. cependant Planiol, Ripert et Rouast, n. 628).

470. Effets du divorce sur la personne des époux. Compétence de la loi personnelle déterminant les effets du mariage. — La loi personnelle, qui détermine les effets du mariage et les causes du divorce, devrait avoir également compétence pour déterminer les effets personnels du divorce dans toute la mesure où il s'agit de fixer les relations des anciens époux entre eux et avec leurs enfants: la nécessité d'une loi unique s'impose encore, pour dire par exemple si la femme divorcée peut conserver l'usage du nom de son mari comme certaines législations l'admettent (v. Paris 15 déc. 1936, D. H. 1937.72, R. 1937.690), et surtout pour régler la question, difficile entre toutes, de la garde des enfants.

Mais si les anciens époux sont de nationalités différentes leurs lois personnelles respectives reprennent légitimement leur empire pour déterminer les *suites du divorce* qui n'engagent pas les relations des anciens conjoints entre eux ou avec leurs enfants: par exemple, la femme divorcée autorisée par la loi de son mari à conserver le nom de ce dernier, pourra reprendre le sien si sa loi personnelle lui en donne le droit; les lois personnelles de chaque époux fixeront les délais et les conditions dans lesquels ceux-ci pourront se remarier.

L'ordre public interviendra d'ailleurs facilement en ces matières, surtout en ce qui concerne la garde des enfants. Néanmoins il importe de relever que la Cour de cassation a fait preuve de libéralisme en maintenant un arrêt qui avait appliqué la loi suisse permettant au juge d'interdire à l'un des époux de se remarier avant un an, Req. 27 nov. 1934, D. P. 1935.1.89 notre Carbonnier, S. 1935.1.219, G. P. 1935.1.20. Cf. déjà en ce sens Req. 15 nov. 1948, D. P. 48.1.247, S. 48.1.673. Par contre le tribunal de Marseille a jugé contraire à l'ordre public la disposition de la loi serbe subordonnant le remariage à la permission de l'autorité ecclésiastique (25 nov. 1925, J. 1926.388, R. 1926.537, G. P. 1926.1.442).

471. Rôle éventuel de la loi locale quant aux réparations pécuniaires. — Le principe général que la réparation des délits est réglée par la loi du lieu où ils ont été commis conduit à décider que les juges français pourront condamner l'époux coupable à des dommages-intérêts con-



formément à la loi française. Peu importerait que les faits reprochés se soient produits en tout ou en partie à l'étranger ; le prononcé du divorce en France implique que la rupture de fait entre les époux a été consommée en France, et l'ensemble des fautes génératrices de l'obligation de réparer peut être considéré comme localisé en France.

La même solution jouera pour la pension prévue par l'article 301 C. civ. Dans son double caractère alimentaire et réparateur, le second joue le rôle formel : cette pension *répare* le préjudice causé par la cessation de l'obligation alimentaire ; on pourra tenir compte dans l'évaluation de la pension des dispositions de la loi personnelle sur le quantum ou les modalités de l'obligation alimentaire, mais le principe de la pension sera légitimement puisé dans la loi française prise comme loi locale du délit. V. en ce sens Paris 11 avril 1923, G. P. 1923.2.230, qui invoque d'ailleurs l'ordre public.

**472. Effets du divorce sur le régime matrimonial et les successions. Compétence de la loi du régime et de la loi successorale.** — Le divorce entraîne des conséquences sur le régime des biens entre époux et leur vocation successorale réciproque. Il appartient, semble-t-il, à la loi gouvernant le régime matrimonial ou les successions de les déterminer : la loi personnelle dit si et quand les époux sont divorcés, la loi du régime ou de la succession décide ce qu'il advient de ces institutions en cas de divorce. V. en ce sens pour la perte des avantages matrimoniaux Chambéry 26 juin 1869, S. 70.2.79 ; pour la séparation de biens consécutive à la séparation de corps Trib. Saintes 7 mars 1922, G. P. 1922.2.390 (1).

**473. Effets de la séparation de corps.** — Les mêmes directives générales valent pour la séparation de corps. Mais le mariage n'étant pas dissout, la loi qui gouverne ses effets conservera un rôle plus important, les époux maintenant des relations en cette qualité. Elle gouverne notamment la question du domicile de la femme et l'obligation alimentaire.

Le problème final en matière d'effets de la séparation de corps est celui de la durée de cette institution, considérée en principe comme précaire, au moins en droit français ; la même loi s'y applique. On peut en voir la vérification *a contrario* dans un ancien arrêt de la Cour de cassation qui a déclaré contraire à l'ordre public la loi sarde permettant au mari d'obtenir en justice la cessation de la séparation de corps (Req. 14 juil. 1825, D. P. 25.1.364, S. 26.1.378). Par contre le tribunal de la Seine a jugé non contraire à l'ordre public la séparation de corps temporaire de la loi chilienne (23 mai 1900, *Gaz. Trib.* 1900.2.174).

**474. Conversion de la séparation de corps en divorce.** — Mais les problèmes les plus importants que soulèvent les effets de la séparation de corps se rencontrent en cas de cessation de cette situation par sa con-

(1) V. également Lyon 3 juin 1926, S. 1928.2.121 : la séparation de corps amiable du droit italien n'entraînant pas séparation de biens, l'acquisition de la nationalité française par la femme ne la rend pas séparée de biens : c'est dire que la séparation de biens ne suit pas le statut personnel.



version en divorce. Assurément, la loi personnelle régissant les effets du mariage et de la séparation (la loi personnelle de chacun des époux dans l'esprit de la jurisprudence) est encore compétente pour déterminer les conditions de fond de la conversion, la loi du *for* fixant sa procédure. Mais si la loi personnelle prescrivait de nouveaux débats, il y aurait là une exigence de fond à laquelle notre procédure pourrait, donc devrait, se plier. De même, et *a fortiori*, le caractère facultatif de l'octroi de la conversion concerne le fond, non la procédure. Il a même été jugé, avec raison, que le délai à l'expiration duquel la conversion peut être demandée relève de la loi personnelle, et que d'ailleurs la durée de trois ans de la loi française n'est pas d'ordre public (Trib. Lyon 22 déc. 1911, G. P. 1912.1.386, *Le Droit* 6 avril 1912). Par contre, une loi étrangère qui admettrait la conversion sans procédure judiciaire serait sans effet sur des époux domiciliés en France en vertu du principe exposé ci-dessus (n. 464) que toute dissolution du mariage en France implique une procédure judiciaire.

Le problème le plus délicat apparaît quand les époux, ou l'un d'eux, ont changé de nationalité entre la séparation et la demande en conversion. La Cour de cassation a décidé, dans le célèbre arrêt Ferrari (Civ. 6 juillet 1922, D. P. 1922.1.137, S. 1923.1.5 note Lyon-Caen) qu'une séparation de corps amiable intervenue en Italie entre époux italiens ne pouvait être convertie en divorce à la demande de la femme redevenue française. Cette solution, généralement approuvée (1), repose sur l'idée que la conversion en droit français, étant la transposition du jugement de séparation avec effet de dissolution du lien, implique une séparation sur des motifs qui auraient pu autoriser le divorce.

*A contrario*, les juges français convertissent sans difficulté en divorce une séparation intervenue à l'étranger entre époux français pour des causes admises par la loi française, et sans que le jugement de séparation doive être revêtu de l'exequatur, Req. 13 nov. 1928, G. P. 23 déc. 1928.

### Section III

#### Filiation.

475. **Généralités.** — La filiation est classiquement regardée, au même titre que le mariage, comme élément du statut personnel, donc soumise à la loi nationale; cette qualification ne présente pas de difficulté, qu'on se borne à la fonder sur ce que la filiation est un facteur de l'état des personnes, soumis à la loi personnelle par l'article 3, al. 3, C. civ., ou qu'on précise qu'elle est constitutive des relations de famille, au moins par les filiations légitime et adoptive.

(1) V. néanmoins les critiques de M. Bardin, *Principes*, I, § 171, pour qui le lien, en droit français, entre la séparation et la conversion procède de l'autorité de la chose jugée par le jugement de séparation. Il semble cependant qu'il y ait là plus qu'une question de procédure, et bien une question de fond, celle de la précarité de la séparation. V. dans le sens de l'arrêt Ferrari Paris 4 févr. 1937, R. 1937.688.



### TITRE III

## STATUT RÉEL

---

496. **Division.** — Le statut réel, consiste (n. 280 et s.) dans l'ensemble des règles juridiques déterminées par la loi de la situation du bien qu'elles ont pour objet. Son application se présente sous un jour beaucoup plus naturel pour les biens corporels que pour les biens incorporels puisque les premiers seuls occupent par leur nature une situation dans l'espace. Il y a donc lieu de distinguer entre les deux catégories.

---



## CHAPITRE PREMIER

### Biens corporels

497. **Plan.** — Le sens et la justification du statut réel ont déjà été étudiés (n. 280 et s.). La mise en œuvre de cette notion soulève comme celle de tout statut deux séries de problèmes: 1° la détermination de la loi de la situation, problème du rattachement; 2° la détermination des règles qui entrent dans la catégorie ainsi rattachée, problème de la qualification. On les examinera successivement.

#### Section I

#### Détermination de la loi de la situation.

498. **Généralités.** — La situation d'un bien corporel apparaît comme une notion de fait dépourvue d'ambiguïté. Elle présente cependant en droit des difficultés croissantes quand le bien considéré a un caractère de *mobilité* plus accentué. Mais cette situation déterminée, il faut encore en déduire la loi applicable. Des problèmes se posent à ce sujet, soit quand un territoire n'est soumis à aucune souveraineté, soit sur le terrain des *conflits dans le temps* quand un meuble est transporté d'un pays dans un autre. On étudiera successivement la détermination de la situation du bien, puis la détermination de la loi applicable.

#### § 1<sup>er</sup>. — DÉTERMINATION DE LA SITUATION DU BIEN.

499. **Immeubles.** — La situation d'un immeuble ne soulève aucune difficulté, et on sait que ce facteur est de ceux qui ont agi le plus sûrement dans le sens d'une interprétation extensive du statut réel immobilier. Néanmoins, comme il est peu de concepts dont les limites ne puissent provoquer quelque hésitation, l'attention des juristes s'est ingénieusement portée sur les « immeubles-frontières », c'est-à-dire la propriété à cheval sur une frontière. L'hésitation d'ailleurs est facilement levée en principe: l'unité économique d'une propriété de ce genre n'empêche pas de la scinder juridiquement en deux portions respectivement soumises à la loi de l'Etat sur lequel elles se trouvent (1).

La difficulté réapparaît si une servitude grève un fonds situé près

(1) V. Niboyett, *Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des Etats*, *Revue de dr. international et de législ. comp.* 1933.468. Au sujet du contre-coup des délimitations de frontières sur le droit privé de la propriété, v. Civ. 8 févr. 1842, D. P. 42.1.104, S. 42.1.379.



d'une frontière au profit d'un fonds situé dans l'Etat voisin; elle sera examinée (n. 512) avec les servitudes à propos du domaine du statut réel, car il ne s'agit plus en réalité de déterminer la situation des biens, qui est parfaitement définie, mais la loi applicable à la servitude; les deux fonds peuvent d'ailleurs n'être aucunement contigus à la frontière en pareil cas.

En admettant que les *câbles sous-marins* soient considérés comme des immeubles, ce qui paraît le cas en Allemagne (v. le *Rép. de dr. int.* V° *Câbles sous-marins*, n. 11) il serait certainement contre-indiqué de régir leurs différents tronçons par la loi du territoire sur lequel ils se trouvent; l'unité technique et économique du câble veut un régime unique. Au surplus la haute mer, dans laquelle est immergée la majeure partie des câbles, ne relève d'aucune souveraineté. Comme d'autre part leur installation et leur exploitation, vu leur importance quant aux intérêts généraux, sont toujours entreprises ou au moins contrôlées ou autorisées par un Etat, il y a tout lieu en droit international privé de réputer le câble dépendant de cet Etat. (V. en ce sens le *Rép. de dr. int.*, loc. cit.).

**500. Meubles. Régime général.** — La situation des meubles corporels n'est pas en elle-même plus difficile à déterminer que celle des immeubles, mais la question de *preuve* peut intervenir s'il y a incertitude sur la situation effective. Cette incertitude s'élève surtout quand il s'agit de déterminer où se trouvait le meuble au moment où a été passée une opération donnée, une vente par exemple, si les parties ne se trouvaient pas au lieu de la situation et si cette situation a changé depuis.

Mais cette question de preuve devient un problème de droit quand on envisage les meubles dont la mobilité n'est pas un caractère accessoire, mais leur finalité même, c'est-à-dire les instruments de transport tels que les navires, bateaux et aéronefs.

**501. Navires, bateaux et aéronefs. Application de la loi du pavillon.** — La difficulté de localiser les navires est double: d'une part leur rôle les maintient le plus possible en mouvement de sorte que la détermination de leur situation à un moment donné fera le plus souvent difficulté; d'autre part ils sont la majeure partie du temps en haute mer, donc soustraits à toute loi territoriale.

Or le droit privé interne, ayant aussi à compter avec ces difficultés, a institué sous le nom de « nationalité des navires » un lien juridique entre chaque navire et un pays donné, et plus précisément un port dit « d'attache » où sont publiés les droits réels existant sur le navire. La valeur commerciale des bâtiments de mer, les dangers qu'ils peuvent faire courir aux tiers en cas d'abordage, d'échouement ou de naufrage, appellent en effet un contrôle administratif de leurs mouvements et une publicité des droits dont ils sont l'objet. Dès lors, n'est-il pas naturel de substituer le « port d'attache » à la situation effective comme élément de *rattachement*? Les termes mêmes paraissent l'appeler, la grande majorité des auteurs y est favorable (V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Navires de mer*, n. 27 et s. et les références). La situation du bien s'entend ici en un sens juridique.

C'est bien ainsi que l'a compris la Cour de cassation. Par un arrêt



déjà ancien, elle a écarté l'application de la loi du territoire que les navires abordent accidentellement parce qu'ils doivent être réputés « partie intégrante de la souveraineté dont ils portent le pavillon » (Req. 11 févr. 1862, S. 62.1.376) (1). La même formule a été reprise par la chambre civile en 1879 (Civ. 25 nov. 1879, D. P. 80.1.56, S. 80.1.257, note Lyon-Caen, J. 80.583) pour donner effet en France à l'hypothèque constituée sur un navire grec conformément à la loi de son pavillon; l'arrêt relève en outre l'utilité de cette solution pour la sécurité des affaires maritimes. Enfin la loi du pavillon a été également appliquée à l'hypothèque maritime par la même chambre en 1912 (2).

Il semble donc qu'on doive considérer comme dépassé l'arrêt de la chambre des Requêtes du 19 mars 1872 (D. P. 74.1.465, S. 72.1.238) qui a refusé effet en France à un *mortgage* constitué en Angleterre sur un navire anglais conformément à la loi anglaise, pour le motif que ce navire étant saisi en France, la loi de la situation d'un meuble gouverne « la possession, les privilèges et les voies d'exécution » relatifs à ce meuble. Cette solution s'explique sans doute par la circonstance que le droit français antérieur à la loi du 10 déc. 1874 ignorait l'hypothèque maritime: la sécurité des tiers a paru entraîner l'impossibilité d'admettre un droit de préférence conventionnel sur un meuble autrement qu'en cas de gage avec dépossession du débiteur (l'arrêt vise effectivement la possession, non les droits réels) (3). En admettant que les règles sur la possession doivent obéir à la loi de la situation effective, l'institution de l'hypothèque maritime a replacé la question sur son véritable terrain et la jurisprudence postérieure s'est orientée nettement vers la loi du pavillon, mais l'arrêt de 1872 a laissé l'impression que la Cour de cassation était défavorable à la loi du pavillon v. Rennes 14 avril 1875, J. 75.436; Trib. Com. Seine, 26 mars 1920, G. P. 1920.2.143. Néanmoins les décisions qui ont préféré la *lex rei sitae* à la loi du pavillon paraissent la minorité (4).

L'application de la loi du pavillon à l'hypothèque maritime a été consacrée par la Convention de Bruxelles du 1<sup>er</sup> avril 1926 (promulguée le 29 nov. 1935); elle est donc devenue légalement le droit positif français pour tout le domaine de la convention.

(1) Il s'agissait dans cette affaire de l'application des art. 225 et 414 C. com. sur la visite de départ et la constatation des avaries. Le premier de ces textes institue un contrôle administratif dont le champ d'application territorial n'engage pas les règles du conflit des lois; le second concerne soit la forme des actes, soit les conséquences du délit, du contrat d'affrètement ou de l'enrichissement sans cause (avaries communes), et on examinera ultérieurement si le rattachement adopté est fondé. Il importait seulement ici de relever que la notion de loi du pavillon avait été dégagée.

(2) Civ. 24 juin 1912, D. P. 1913.1.457, note Ripert, S. 1912.1.433, note Lyon-Caen, J. 1913.147, R. 1912.864: la vente sur saisie à l'étranger d'un navire français ne purge pas les hypothèques constituées conformément à la loi française. Sur cette solution v. *infra*. V. aussi la lettre de la Direction de la comptabilité publique du 10 janv. 1924, *Rev. dr. mar. comp.* VI.500: les navires français restent grevés de l'hypothèque du fisc, même s'ils sont vendus hors de France. Pour l'application d'un règlement étranger par la loi du pavillon v. Bordeaux 10 déc. 1918, *Rec. Bordeaux* 1918.198. Cf. aussi Pau 24 mars 1885, S. 85.2.132.

(3) Cf. par contraste Civ. 3 juillet 1877, S. 77.1.369, admettant la mise en gage d'un navire avec dépossession du débiteur.

(4) V. les décisions citées *infra* Section II, à propos du domaine de la loi réelle; en faveur de la loi du pavillon, Eynard, *La loi du pavillon*, thèse, Aix, 1926.



Les mêmes raisons valent, sous réserve de modalités d'adaptation, pour les bateaux de la navigation intérieure et les aéronefs. V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Bateaux de navigation intérieure*, n. 11 et s.; cf. *Seine* S. déc. 1938, G. P. 1939.1.375; Coquoz, *Le droit privé international aérien*, 1938, p. 290; de Visscher, *Les conflits de lois en matière de droit aérien*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1934.II.285; Karrer, thèse Zürich 1938. La compétence de la loi du pavillon a été implicitement admise par la loi du 31 mai 1924 (art. 10) sur la navigation aérienne.

A l'étranger, la loi du pavillon est généralement acceptée (1). L'institut de droit international s'est également prononcé en sa faveur dans sa session de Bruxelles (1885), v. *Annuaire* t. VIII, p. 126 et édition abrégée t. II, p. 250. V. également dans le même sens le Code Bustamante art. 275 et 278.

502. **Choses en transit. Moyens de transport sans pavillon.** — Il a été relevé par Savigny (*System*, t. VIII p. 178) que les biens en cours de transport n'avaient pas de situation définie utilement pour la détermination de la loi applicable: si une marchandise expédiée de France en Roumanie est vendue pendant le transport, il est artificiel et fâcheux de faire dépendre le sort de cette vente de la loi de l'Etat sur le territoire duquel la marchandise se sera trouvée au moment du contrat; d'une part les parties n'en auront pas eu connaissance, d'autre part la transaction est sans aucun lien avec cet Etat. Aussi Savigny proposait-il d'appliquer la loi personnelle du propriétaire. Ultérieurement on a préconisé la loi du lieu de destination (V. Niboyet, *Rép. de dr. int.*, V° *Meubles corporels*, n. 100 et s.; Lewald, *ibid.*, v° *Dr. int. privé de l'Allemagne* n. 290).

Bien que la majorité de la doctrine soit favorable à cette vue (v. le *Rép. de dr. int.*, V° *Meubles corporels* n. 206; v. cep. *contra*, *Bartin, Principes*, t. III, § 420) il ne semble pas qu'elle puisse être acceptée telle quelle. Sans aller jusqu'à nier toute nécessité d'un statut particulier (en ce sens Nussbaum, p. 311), il semble excessif de soustraire entièrement les choses en transit à la loi de leur situation effective: un train ou un camion peuvent stationner assez longtemps en un même lieu, et les marchandises qu'ils transportent faire l'objet d'actes conservatoires, voire de disposition, auxquels la *lex rei sitae* doit manifestement s'appliquer. Suivant donc la distinction proposée par M. Lerebours-Pigeonnière (n. 355), la compétence de la loi du lieu de destination sera utilement admise pour les opérations passées à distance pendant le transport: la mobilité de l'objet justifie une dérogation à la *lex rei sitae*, mais dans les limites des nécessités de fait; or ces nécessités ne se manifestent que dans les opérations passées à distance de la marchandise en mouvement, sa position instantanée pouvant n'être pas connue. De

(1) V. Diena, *Principes du dr. int. pr. maritime*, *Cours de l'Acad. de dr. int.* 1935.1.409; en Angleterre, *Cheshire*, 2<sup>e</sup> éd. p. 306; en Allemagne, *Nussbaum*, p. 313 et s.; Lewald, *Rép. de dr. int.*, v° *Dr. int. privé de l'Allemagne* n. 291 et s., malgré certaines tendances du *Reichsgericht* en faveur de la *lex rei sitae*; pour les aéronefs, v. *Caspers, Internationales Privatrecht der Lufttransporte*, 1930. En Italie *Scerni, Il dir. int. pr. marittimo ed aeronautico*, p. 57.



fait, on peut citer une décision du Reichsgericht favorable à cette vue (1). Mais la solution devrait être limitée aux transports terrestres, car la marchandise en mer peut être réputée située dans le pays du pavillon, et la solution serait d'autant plus opportune que le lieu de destination est fréquemment changé ou même indéterminé en cours de route.

Les *moyens de transport sans pavillon*, tels que les wagons et automobiles, ont parfois paru devoir être assimilés aux choses en transit. Mais la convention de Berne a réglé en fait le régime des wagons de chemins de fer (v. le *Rép. de dr. int.*, V° *Chemins de fer* par De Foucauld), et si les automobiles devaient échapper à la loi de la situation effective, ce serait plutôt pour obéir, comme les navires et bateaux, à la loi du lieu de leur immatriculation. Mais celle-ci n'a encore que des effets civils trop restreints pour justifier pareil changement, et la facilité avec laquelle une voiture perd son identité rend préférable la compétence de la loi du lieu de sa situation effective (2).

## § 2. — DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE.

### 503. Généralités. Territoires sans souveraineté. Navires. —

Quand la situation d'un bien est connue, la détermination de la loi applicable s'ensuit normalement sans difficulté. On laissera de côté les conflits interethniques et coloniaux où plusieurs lois sont simultanément en vigueur sur un même territoire, la détermination de la loi applicable dépend de considérations propres à ces conflits, et sans portée directe pour les conflits internationaux. V. le *Rép. de dr. int.*, V° *Colonies* par H. Solus n. 125 et s. Dans le domaine de ces derniers, deux problèmes généraux, d'importance inégale, peuvent surgir : d'une part un bien peut se trouver en un lieu qui n'est soumis à aucune souveraineté ; d'autre part un meuble peut avoir changé de situation à un moment tel qu'on se demande si c'est la loi ancienne ou la loi nouvelle qui est applicable au rapport de droit litigieux : c'est l'hypothèse des conflits mobiles.

Le premier problème n'a qu'une importance pratique limitée, du fait de l'occupation progressive de la surface entière du globe. Il peut surtout se poser pour les biens se trouvant en haute mer, et de fait la Cour de cassation a déclaré la loi française applicable au sauvetage par un navire français en haute mer d'un navire anglais abandonné par son équipage (Req. 6 mai 1884, S. 84.1.337, J. 84.512). On peut déduire de cet arrêt l'application générale aux biens situés en un lieu soustrait à

(1) RG. 16 sept. 1911, Z. für Rechtspflege in Bayern 1912.45 ; v. en France Rennes 21 déc. 1887, J. 88.82. Trib. St-Nazaire 26 déc. 1903, R. 1905.334 ; Trib. Tunis 1<sup>er</sup> févr. 1907, R. 1910.108. La *lex rei sitae* a été appliquée en Angleterre, *Cammell v. Sewell* (1858), 3 H. et N. 617 ; (1860), 5 H. et N. 728. M. Cheshire, p. 438, préconise la loi du contrat ; pour la loi du domicile *Westlake*, p. 150 ; Wharton, p. 354. Pour une distinction comparable à la nôtre v. Fedozzi, *op. cit.*, p. 664. V. aussi Bruxelles 28 juin 1907, *Rev. int. dr. mar.* v. XXIII, p. 251. La question ne paraît pas se poser très fréquemment. Le code civil brésilien, art. 10, applique la loi personnelle du propriétaire. V. les autres références législatives au *Rép. de dr. int.*, v° *Meubles* n. 107.

(2) Les wagons particuliers restent en dehors de la Convention de Berne (Nihoyet, *Rép. de dr. int.*, v° *Meubles* n. 102 et 103). On pourrait concevoir la compétence de la loi de leur « gare d'attache » (Nihoyet, *loc. cit.*), mais la question est si spéciale qu'elle paraît ne s'être jamais présentée.



toute souveraineté de la loi personnelle de l'occupant, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles (en ce sens Niboyet, *Manuel* 2<sup>e</sup> éd. n. 510; v. aussi le rapport du cons. Demangeat sous Req. 6 mai 1884, précité, assimilant le navire sauveteur à une portion du territoire national). L'occupant est regardé comme introduisant temporairement la loi de son pays sur le territoire inoccupé.

Les biens à bord des navires doivent être soumis à la loi du pavillon. L'idée va de soi si on considère le navire comme portion détachée du territoire national (v. en ce sens Req. 11 févr. 1862, S. 62.1.376; Civ. 25 nov. 1879, S. 80.1.257 note Lyon-Caen, J. 80.583 et le rapport du cons. Demangeat précité). Même en ne suivant pas à la lettre cette notion quelque peu fictive, on peut admettre que le rattachement du navire à la loi de son pavillon donne à celle-ci une autorité suffisante pour être regardée comme la loi du lieu où se trouve le bien. La solution a été donnée pour les aéronefs par la loi du 31 mai 1924 (art. 10).

**504. Changement de situation d'un meuble. Application des règles du droit transitoire interne.** — Le transport d'un meuble d'un pays dans un autre soulève le problème de la répartition des compétences entre les deux lois successivement applicables: c'est l'hypothèse des « conflits mobiles ». On sait qu'elle nous a paru relever purement et simplement des mêmes règles que les conflits dans le temps du droit interne: la loi du pays où le meuble est introduit s'applique immédiatement pour l'avenir dans la même mesure qu'une loi nouvelle modifiant la législation d'un pays que le meuble n'aurait pas quitté (n. 321).

Or il importe de distinguer en droit transitoire interne, comme on l'a judicieusement dégagé (V. G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil de Planiol*, t. I, n. 239 et s.), le régime des droits subjectifs (prérogatives de la propriété ou de l'usufruit par exemple) et les procédés d'acquisition de ces droits. La première de ces matières est immédiatement soumise à la loi nouvelle, qui peut toujours modifier le régime des droits existants, toute loi nouvelle régissant en principe « les situations établies et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation » (Cass. Réun. 13 janv. 1932, D. P. 1932.1.118, rapport Pilon; la formule est dans Aubry et Rau § 30, 6<sup>e</sup> éd. t. I, p. 101). Les procédés d'acquisition des droits au contraire restent soumis à la loi en vigueur au jour où ils sont intervenus: ayant pris place à un moment déterminé, ils ne sauraient être remis en question par une loi nouvelle sans rétroactivité.

Appliquée aux conflits mobiles, cette distinction conduit à admettre que la loi du pays où le meuble est introduit décide du contenu, donc de l'existence, des droits réels, dont ce meuble peut être l'objet. Ainsi l'hypothèque, le gage sans dépossession, qui ont pu être valablement constitués à l'étranger sur un meuble, cesseront de le grever à son introduction en France, la loi française ignorant ces sûretés. V. en ce sens Req. 19 mars 1872, D. P. 74.1.465, S. 72.1.238; en Allemagne RG. 28 févr. 1893, *Jur. W.* 1893.207. Le créancier gagiste qui pouvait à l'étranger s'approprier le gage à défaut de paiement perdra ce droit en introduisant le meuble en France puisqu'il s'agit du contenu de son droit (cf. Req. 24 mai 1933, S. 1935.1.257, note H. Batiffol). Un meuble inaliénable dans son pays d'origine devient aliénable en France si la loi française en



décide ainsi (V. Seine 17 avril 1885, J. 86.593). Ces solutions, favorables à la sécurité des tiers, expriment le bien fondé de l'idée qu'une législation nouvelle doit s'appliquer à l'ensemble des faits qu'elle vise parce qu'elle forme une unité (1).

**505. Conséquences sur les modes d'acquisition des biens. Possession en France des meubles acquis à l'étranger.** — Les *procédés d'acquisition* des droits restent par contre soumis à la loi du lieu où ils sont intervenus. De même qu'en droit interne une loi ne peut, sans rétroactivité, modifier les conditions de validité des contrats conclus antérieurement, de même en droit international privé la loi du pays où le meuble est introduit ne saurait être consultée sur la valeur de l'acquisition du meuble à l'étranger: Req. 19 déc. 1933, R. 1935.140.

Mais cette formule n'empêche pas que les procédés d'acquisition de la loi française pouvant être différents de ceux de la loi étrangère, la valeur de la transmission effectuée à l'étranger pourra être remise en cause par l'application de la loi française aux faits survenus après l'introduction du meuble en France.

Considérons, par exemple, un meuble acquis à l'étranger *a non domino* qui n'est pas devenu d'après la loi étrangère la propriété de l'acquéreur. Celui-ci l'introduit en France: il pourra opposer au revendiquant la règle française « en fait de meubles possession vaut titre ». V. en ce sens Civ. 14 mars 1939, S. 1939.1.182; Lerebours-Pigeonnière n. 355; Surville n. 174; *contra* Niboyet, *Rép. de dr. int.*, V° *Meubles*, n. 51; Desbois, J. 1931.314. En effet la loi française attache des conséquences de droit au seul fait de la possession: il suffit donc que la possession soit exercée en France pour que la loi française joue: c'est l'application pure et simple de la loi nouvelle aux faits postérieurs à son entrée en vigueur (2).

Par contre l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (art. 549 et 550 C. civ.) est réalisée par la perception. En conséquence celui qui introduit en France des fruits perçus à l'étranger ne pourra se prévaloir de la loi française à l'encontre du revendiquant; il s'agit toujours de déterminer à quel fait la loi attache des conséquences de droit

(1) Il suit de là que le *trust* anglo-saxon ne saurait s'exercer tel quel sur un meuble introduit en France puisque la loi française ignore cette catégorie juridique. Mais le *trustee* pourra exercer celles de ses prérogatives qui sont admises par la loi française par exemple au titre de la représentation. Cf. sur le *trust* *infra*, n. 510.

(2) L'esprit de la jurisprudence est de ne pas distinguer les effets immédiats de la possession (art. 2279) et les effets de la possession prolongée (usucapion): on appliquera le délai d'usucapion établi par la loi du pays d'importation sans tenir compte de ce qu'une partie du délai s'est écoulé alors que le bien était soumis à une autre loi. En ce sens Desbois, J. 1931.317; Arminjon, II, § 39; Lewald, *Rép. de dr. int.*, v° *Dr. int. privé de l'Allemagne* n. 284; *contra* Niboyet, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles à titre particulier*, thèse, Paris, 1912, p. 413 et s. On sait d'ailleurs que le droit transitoire interne est très incertain sur les effets d'une loi nouvelle quant aux délais de prescription en cours. On a justement refusé le bénéfice de l'art. 2279 au possesseur de meubles situés en France parce que le véritable propriétaire en avait été dépossédé par violence à l'étranger (Nîmes 19 mai 1941, *Gaz. Pal.* 26 août 1941).



pour en conclure à la loi applicable d'après le lieu où ce fait est survenu (1).

L'acquisition des droits à l'égard des tiers par la *publicité* s'effectue par l'accomplissement de la formalité qui est une sorte de mise en possession publique. Par suite une automobile étrangère grevée à l'étranger d'un droit analogue à celui qu'a institué la loi française du 29 déc. 1934 sera considérée en France comme libre de cette charge parce que celle-ci n'aura pu faire l'objet de la publicité légale, la voiture n'étant pas immatriculée en France, et devenant cependant soumise à la loi française dès son entrée en France (2).

Cette vue donne des résultats sensiblement différents de celle qui prend pour principe le respect des droits acquis (n. 319). Ceux qui adoptent cette dernière refusent au possesseur de bonne foi en France la protection de l'article 2279 C. civ. s'il est entré en possession dans un pays dont la loi ne lui a pas transféré la propriété. V. Niboyet, *Rép. de dr. int.*, V<sup>o</sup> *Meubles corporels* n. 49; Lewald, *ibid.*, v<sup>o</sup> *Dr. int. privé de l'Allemagne* n. 276, et les références de jurisprudence en ce sens n. 277-278.

**506. Revendication des meubles volés en France et vendus à l'étranger. Titres au porteur.** — Le contraste des deux systèmes s'accroît si on envisage la revendication en France d'un meuble qui y a été volé, mais qui a été vendu dans l'intervalle à l'étranger au possesseur actuel ou à un de ses auteurs. Le cas s'est présenté à plusieurs reprises, les voleurs ayant intérêt à négocier hors des atteintes de la justice française le produit de leurs délits. Le meuble est ensuite réin-

(1) En ce sens Lerebours-Pigeonnière, p. 432, note 1. Cette formule paraît entraîner que si un contrat passé à l'étranger n'a pas transféré la propriété des meubles à l'acquéreur, faute de *tradition* par exemple, comme l'exige le code civil allemand, l'introduction de ce meuble en France ne transférera pas la propriété bien que la loi française attache cet effet au seul échange des consentements : en effet cet échange a eu lieu par hypothèse à une époque où le meuble était situé à l'étranger, donc non soumis à la loi française, laquelle n'a pu ainsi produire l'effet réclamé. Elle ne l'a pas produit après l'introduction du meuble puisque par hypothèse il n'y a pas eu un nouvel échange des consentements. En ce sens Barjın, *Principes*, t. III, p. 233; Desbois, J. 1931.309; T. A. M. anglo-allemand, *Luitges & C<sup>o</sup> v. Ormiston*, Rec. 6.564; *Büsse v. British Manufacturing Stationery C<sup>o</sup>*, Rec. 7.345. On peut cependant présumer que l'absence de manifestation d'une volonté contraire implique le renouvellement du consentement (*sic* Nussbaum, p. 309), au moins si la loi n'exige pas de forme particulière pour son expression. V. dans le sens cette solution Lerebours-Pigeonnière, n. 355, p. 431; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VIII, n. 1.291 pour l'application de l'art. 576 C. com.; Rabel et Raiser, *Z. für auzl. u. Int. Privatrecht*, 3.62.

(2) En ce sens Lerebours-Pigeonnière, n. 355; Niboyet, R. 1935.547. Le Reichsgericht a donné la même solution pour une clause de réserve de propriété sur une marchandise non publiée dans le pays d'importation : RG. 25 nov. 1895, *Z. für int. Recht* 6.424. V. aussi pour une livraison d'Allemagne en Suisse C. d'appel de Berne 12 déc. 1913, *Z. des Bernischen Juristenvereins* 1914.560. La rigueur du résultat pour les automobiles vient de l'équivoque de la situation d'un bien soumis à une certaine publicité, mais insuffisante pour le soustraire à la loi de sa situation effective au profit de celle du lieu de publicité. Il en résulte que si une voiture française est saisie à l'étranger, les droits du vendeur publiés en France pourront être méconnus par application de la *lex rei sitae*. Mais le retour en France fait revivre ces droits : le séjour à l'étranger n'a aucun effet de purge, il reste à ce point de vue en droit un fait accidentel; *contra* Niboyet, R. 1935.546.



introduit en France par l'acquéreur qui, de bonne ou mauvaise foi, se croit à l'abri.

Il l'est effectivement si on procède du respect des droits acquis, pour peu que la loi du lieu où il a acquis le meuble lui en reconnaisse la propriété, par exemple parce qu'elle enferme la revendication dans un délai inférieur à celui de la loi française et qui était par hypothèse expiré au jour de l'acquisition.

Mais il en va autrement si on s'en réfère aux règles des conflits dans le temps. La question est de savoir si la possession du défendeur est opposable au revendiquant; comme le meuble est par hypothèse actuellement en France, c'est la loi française qui régit les conséquences du fait juridique de la possession, lequel tombe sous son empire. La négociation à l'étranger est indifférente puisque la loi tranche le conflit sans se préoccuper, en principe, de la légitimité apparente de l'acquisition du défendeur; il sera protégé par le délai de trois ans s'il est de bonne foi, et le droit de se faire rembourser s'il a acquis le meuble chez un marchand vendant des choses semblables (art. 2280).

La question a été plusieurs fois tranchée en ce sens par les tribunaux à propos des titres au porteur perdus ou volés. V. Seine 2 févr. 1883, J. 83.633; Paris 14 déc. 1883, J. 83.631; Seine 8 août 1885, J. 85.681; Paris 14 déc. 1907, G. P. 1908.1.367 (titres volés à l'étranger, mais dont l'établissement débiteur était en France); Chambéry 24 nov. 1909, S. 1910.2.225; Paris 16 nov. 1927, J. 1928.1240. La législation particulière applicable à ces titres n'a pas paru devoir modifier le problème. Le défendeur introduisant les titres en France est censé avoir su que la publicité effectuée par le revendiquant réputait sa possession de mauvaise foi. Il pourrait cependant objecter que la règle « en fait de meubles possession vaut titre » protège celui qui a acquis de bonne foi *a non domino* même si ultérieurement il a connu l'origine de son acquisition (1). Mais le meuble litigieux se trouvant en France, la loi française détermine exclusivement la valeur respective de la possession du défendeur et de la revendication du demandeur; si elle présume le défendeur de mauvaise foi du fait de la publicité, la circonstance que ce dernier a traité à l'étranger est un accident qui n'a pas plus d'influence que le séjour d'une voiture à l'étranger quant aux droits réels qui la grèvent (p. 511, note 2).

Cette interprétation de la loi est rigoureuse. On aurait pu considérer que la présomption de mauvaise foi n'atteignant que les négociations conclues dans les lieux où le *Bulletin des oppositions* était parvenu ou aurait pu l'être (L. 15 juin 1872, art. 12), les négociations à l'étranger échappaient à ses dispositions. (V. dans le sens de cette critique le *Rép. de dr. int.*, V<sup>o</sup> *Titres au porteur perdus ou volés* par J. Bezard-Falgas, n. 118). Mais on voit qu'il s'agit là d'une interprétation de la loi française et non du jeu de la règle de conflit (2).

(1) Et il faut en dire autant sans doute de la mauvaise foi en cas de perte ou de vol : elle s'apprécie au jour de l'acquisition.

(2) Les auteurs expliquent généralement la solution jurisprudentielle par l'idée que le titre devenu inaliénable en France n'a pu être acquis régulièrement à l'étranger. V. Bartin, *Etudes de dr. int. privé*, p. 196; Niboyet, *Manuel*, p. 640; Lerebourg-Pigeonnière, p. 434. Mais le titre, passant à l'étranger, n'échappe-t-il pas à la loi fran-



## Section II

## Domaine de la loi de la situation.

507. **Généralités.** — Le « régime des biens » soumis à la loi de la situation englobe de l'avis unanime le *contenu des droits réels*: détermination des prérogatives du propriétaire, de l'usufruitier ou du gagiste. C'est en effet la matière la plus étroitement liée à la notion juridique de bien. Il y a plus d'incertitudes sur le point de savoir si ce « régime des biens » s'étend aux *modes d'acquisition* des droits réels: prescription acquisitive, contrats ou autres. On examinera successivement ces deux matières.

§ 1<sup>er</sup>. — CONTENU DES DROITS RÉELS.

508. **Plan.** — Le contenu des droits réels *principaux* se classe sans difficulté dans le statut réel; il n'en va pas de même pour les droits réels *accessoiries* dont les liens avec les droits de créance et surtout les procédures d'exécution engendrent quelque difficulté. On ira du simple au complexe.

509. **A. Droits réels principaux. Classification des droits et des biens.** — Le trait le plus général de l'organisation des droits réels est leur classification, et par suite la classification des biens sur lesquels ils portent et dont la nature détermine le caractère du droit. La classification des droits et des biens appartient donc naturellement au statut réel. V. Civ. 5 avril 1887, S. 89.1.387, G. P. 87.1.559, pour la classification des biens en meubles et immeubles. Les doutes qui ont été exprimés à ce sujet ne procèdent que d'une application erronée de la théorie des conflits de qualification (n. 298). Il n'y a lieu de demander à la loi du for, conformément à cette théorie, la qualification mobilière ou immobilière que quand la détermination de la loi applicable en dépend. Normalement ce n'est pas le cas puisqu'un bien est soumis à la loi de sa situation, qu'il soit meuble ou immeuble. Sur la difficulté particulière qui s'élève en matière de successions, v. *infra* n. 651-652 (1).

cause le déclarant inaliénable? Le problème demeure d'expliquer comment son retour en France permet de méconnaître la transmission à l'étranger. Une autre explication consiste à relever que le titre émis en France est localisé en France; mais cette explication ne vaut pas pour les titres au porteur qui sont traités comme des biens corporels (n. 552), et se concilie mal avec la jurisprudence qui applique la loi de 1872 aux titres étrangers (Req. 13 févr. 1884, S. 84.1.225, G. P. 84.1.817). Pour l'état de la question en Allemagne, v. Duden, *Z. für ausl. u. Int. Privatrecht*, 1934, 642. Dans le sens opposé à la solution française, Lewald, *Rép. de dr. int.*, v° *Dr. int. privé de l'Allemagne*, n. 282. Sur l'incertitude des motifs des arrêts en France, v. J. Donne-dieu de Vabres, thèse, p. 222-227.

(1) La solution est généralement reçue à l'étranger. V. pour l'Allemagne, Lewald, *Rép. de dr. int.*, v° *Dr. int. pr. de l'Allemagne* n. 269; pour l'Angleterre, Cheshire p. 409; pour l'Espagne, Trias de Bes n. 59, et les références.



**510. Régime de la propriété. Clauses d'inaliénabilité.** — Les prérogatives du propriétaire (usage, jouissance, disposition) constituent l'objet formel du droit de propriété; on y ajoutera les restrictions résultant de la copropriété, et les règles sur la durée de la propriété (possibilité d'une propriété temporaire, conditionnelle ou à terme): cet ensemble obéit naturellement à la loi de la situation. L'action en revendication pose surtout des questions de preuve qui seront étudiées avec la procédure (n. 726).

La détermination des biens susceptibles de propriété est inséparable du régime du droit dont elle constitue la matière. Entrent donc aussi dans le statut réel la détermination des choses appropriables (notamment le régime de l'appropriation des eaux), et la définition des limites de la propriété, notamment en matière immobilière (propriété du dessus et du dessous du sol, bornage et clôture), et au point de vue de l'accession. Cette classification est si naturelle que la jurisprudence ne paraît pas avoir jamais été appelée à se prononcer à ce sujet.

Une question doit cependant retenir l'attention, c'est celle des *clauses d'inaliénabilité*. Leur caractère contractuel n'empêche pas qu'elles modifient gravement le régime de la propriété, et elles doivent respecter à ce titre, tant pour leur licéité que pour leurs effets, la loi de la situation du bien. V. Seine 17 avril 1885, J. 86.593; Seine 28 juin 1901, G. P. 1901.2.71, validant l'acquisition en France de meubles déclarés inaliénables à l'étranger (1). L'inaliénabilité dotale entre dans ce cadre, son analyse en une incapacité personnelle étant de plus en plus abandonnée. La solution est favorable à la sécurité des transactions et on indique souvent cet avantage comme une justification suffisante; on sait qu'il ne représente pour nous qu'un aspect de la notion du statut réel (n. 283). L'essentiel est de relever que l'inaliénabilité modifie le régime de la propriété, étant entendu que la propriété, pour les raisons générales que l'on connaît, est soumise à la loi de la situation.

**511. Démembrements de la propriété. Usufruit.** — La Cour de cassation a énoncé dans un de ses plus anciens arrêts que la disposition de

(1) Cf. en matière de protectorat, Civ. 27 févr. 1934, D. P. 1935.120, concl. du proc. gén. Matter, J. 1935.981. V. en ce sens Lewald, *Rép. de dr. int.*, v° *Dr. int. privé de l'Allemagne* n. 268; aux Etats-Unis, au moins en matière de *trust*, Beale, II, § 294. S'agissant d'une clause contractuelle, la loi du contrat devra aussi l'admettre. La loi de la situation intervient plutôt à titre subsidiaire pour le contrôle des droits exercés sur son territoire. Cette vue conduirait à admettre que la clause valable d'après la loi du contrat mais contraire à la loi de la situation pourrait produire ses effets si le meuble était transporté dans un pays admettant la validité de la clause (en présumant que le consentement des parties s'est maintenu après le transport. Cf. ci-dessus n. 505). Le *trust* anglo-américain dépend aussi de la loi, contractuelle ou successorale, sous l'empire de laquelle il a été constitué, mais la loi de la situation des biens détermine les droits réels dont ceux-ci sont susceptibles et dans quelle mesure ils peuvent être inaliénables. V. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts*, 1932, p. 428 et s.; *adde* Seine 28 juin 1901, G. P. 1901.2.71; Paris 18 avril 1929, R. 1935.149; Trib. Le Mans, 20 nov. 1934, J. 35.651 et nos observations, R. 1937.438. V. aussi Lerebours-Pigeonnière, 4<sup>e</sup> éd. p. 193; J. Dommedieu de Vabres, thèse p. 625 et notre note au S. 1944.1.133. *Adde* sur les pouvoirs du trustee ci-dessus p. 510, note 1. On en dira autant des *foundations* v. Pau 2 mars 1936, R. 1937.153.